

♣ ♣ L. BARASSI
IL CONTRATTO DI LA-
VORO NEL DIRITTO
POSITIVO ITALIANO ♣
SECONDA EDIZIONE - VOL. I.

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
ROMA ♣ MILANO ♣ NAPOLI

ex libris
P. Jannaccone

PARTE PRIMA.

La struttura giuridica del contratto di lavoro

CAPO PRIMO.

DEFINIZIONE E TERMINOLOGIA.

SOMMARIO. — 1. L'art. 1570 Codice civile. — 2. La designazione sintetica di « locazione delle opere ». — 3. Sull'opportunità di una designazione sintetica. — 4. Il termine « contratto di salariato ». — 5. E quello di « contratto di lavoro ». — 6. Obbiezione del Planiol. — 7. La designazione delle due parti nel contratto di lavoro.

1. Art. 1570. « La locazione delle opere è un contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede ». Queste poche parole dovrebbero essere la definizione di un rapporto così vasto e multiforme come è quello scaturito dal contratto di lavoro ¹⁾. Naturalmente le critiche furono acerbe, e alcune anche ingiuste. Fu detto ad esempio che in tutti i contratti sinalagmatici esiste l'obbligazione di fare qualche cosa, quand'anche si tratti di prestazione *ad dandum*. Ma la censura è infondata. Certo che ogni rapporto obbligatorio costituisce una signoria sulla volontà di una persona, un vincolo che gravita sull'attività del debitore, in quanto questi deve indirizzarla necessariamente a un dato scopo; esso presuppone appunto una determinata attività del debitore avente

¹⁾ Veramente io non vorrei dare troppa importanza alla definizione del nostro contratto. La definizione è una sintesi, e, a tutto rigore, dovrebbe essere la conclusione, non la premessa della trattazione, se ragioni di chiarezza (dattiche o no) non lo sconsigliassero. Ad ogni modo la definizione è opera più di scienza che di legislatore (cfr. pel nostro contratto DESJARDINS, *Question sociale*, pag. 338). Il LAROMBIÈRE trova che la mancanza di una definizione nel Codice è ragionevole data la grande varietà di forme del contratto di lavoro. Ma veramente l'articolo 1710 C. N., cioè l'art. 1570 nostro, in fondo non poteva dir di più, forse neppure di meglio. Appunto data la grande varietà di quelle forme una definizione che tutte le abbracci non può che soffermarsi a certi elementi in tutto indispensabili, che al contratto danno la sua tipica e differenziale fisionomia, e allora che cosa, quegli articoli, avrebbero dovuto dir di più? Su ciò ancora appresso.

per fine la soddisfazione dell'obbligazione, e questa attività consta di un certo numero di azioni sue; così il debitore di una cosa deve custodirla prendendo le precauzioni opportune, deve anche misurare, scegliere, pesare secondo i casi, e finalmente fare la consegna. Ma l'obbiettivo vero è qui la consegna pura e semplice e gli altri atti che implicano un *facere* sono atti veramente accessori. Certo, non basterebbe il dire che quegli atti non hanno importanza alcuna presi a sè, sono insomma semplici mezzi di esecuzione, mezzi per ottenere uno scopo ¹⁾.

Invece il *fare* di cui all'art. 1570 è quella *faciendi necessitas* che costituisce il contenuto tipico ed essenziale di quella tra le due obbligazioni scendenti dal contratto che imprime a quest'ultimo la sua fisionomia, e a cui a sua volta possono inerire, a guisa di mezzo di esecuzione, atti consistenti puramente nel *dare*, che escludono cioè un'attività più o meno prolungata del debitore.

Veramente in un certo senso non si può dire neppure per il contratto di lavoro che il lavoro sia l'obbiettivo che le parti, o meglio quella tra esse che lo riceve si propone.

Infatti, è anzitutto certo che in quella forma di contratto di lavoro in cui si prescinde dalla determinazione quantitativa del lavoro, e si concentra la prestazione in un risultato determinato di lavoro (locazione d'opera o di lavoro autonomo), il lavoro non è che mezzo a fine, non ha importanza per sè stesso. E ciò è vero, a guardar bene, anche per il contratto di lavoro in cui una persona si assume la prestazione di energie di lavoro come locazione di opere, o di lavoro subordinato. Qui si prescinde in un certo senso fondamentale dal risultato; ma lo scopo a cui si vuol far servire il lavoro fa pur sempre capolino: cioè anche qui il lavoro non è scopo a sè stesso, ma puramente mezzo a fine.

Quello che importa è che il contratto di lavoro si differenzia da tutti gli altri tipi di contratto a titolo oneroso appunto perchè in esso la prestazione principale, quella cioè che in un contratto di quel genere dà l'impronta, la fisionomia tipica al negozio, è una prestazione in cui è prevalente il *fare*.

¹⁾ BECHMANN, *Kauf*, II, p. 168. Su questo argomento ritorneremo a proposito dei criteri differenziali tra contratto di lavoro e compra-vendita.

²⁾ Anche L'ABELLO, *Della locazione*, II, p. 10-11, adotta la terminologia del Codice, chiamando « locazione di opere » quello che noi intendiamo « contratto di lavoro » nella più ampia accezione del vocabolo. L'ABELLO arriva a ciò procedendo per eliminazione, cioè dopo avere criticato o rifiutato ogni altro tentativo di designazione sintetica: la sua critica tuttavia, come vedremo, non ci pare esaniente. Certo è, ripeto, che il termine accolto nell'art. 1570 si presta troppo facilmente all'equivoco, volendosi sussumere anche la locazione di opera.

³⁾ Cfr. TROPLONG, *Lonage*, n. 63.

2. Fermandoci ora ad analizzare gli elementi principali di cui consta la definizione dell'art. 1570 ci imbattiamo prima d'ogni cosa nella terminologia usata dal codice. Prima di accennare alle critiche che questa terminologia ha suscitato, e ai vocaboli che si vorrebbero sostituire a quelli usati dalla legge, è bene prima di tutto conoscere la terminologia legale.

Il codice all'art. 1570 definisce questo contratto « locazione delle opere ». La denominazione è inesatta, essendo evidente che quell'articolo concerne nella sua più ampia accezione il contratto che ha per oggetto la prestazione di un lavoro purchessia: *operae* o *opus*. E infatti « locazione di opere » è una denominazione che può ingenerare facilmente l'equivoco, riferendosi, nella terminologia della tecnica giuridica, più specialmente al contratto con cui taluno presta delle *operae* nel senso romanistico (lavoro subordinato). Questo contratto il codice definisce nel n. 1 dell'art. 1627 come la locazione con cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio: usando proprio qui la parola opera per lo più indicante il lavoro autonomo della locazione d'opera. E viceversa è notevole che la nostra legge usa la parola *opere* nel n. 3 dell'art. 1627 per indicare l'*opus* romanistico; quindi si dovrebbe dire *opere* tanto per l'una come per l'altra forma di contratto. Questa promiscuità terminologica non offre certo un criterio distintivo gran che efficace.

La stessa denominazione comune a tutte le forme di lavoro retribuito usa la legge nostra, precisamente nella prima parte dell'articolo 1627: « locazione di opere e di industria ». Qui vi è di più la parola « industria »; quest'espressione non pare debba recare un contributo nuovo al termine generico usato dalla legge; specialmente non si può indurre dai lavori preparatori del codice Napoleone che si volesse con essa alludere alla locazione d'opera, o contratto di lavoro non tecnicamente subordinato: si riferisce al lavoro in genere dell'uomo, considerato come industria dell'uomo.

Piuttosto è certo che storicamente l'espressione « locazione delle opere » è stata motivata dal Pothier, il quale distingue la locazione in due branche, così come il codice Napoleone e il nostro: locazione delle cose, locazione delle opere. Ma con « locazione delle opere » non intendeva già alludere alla locazione di lavoro in genere, e neppure, come parrebbe evidente a tutta prima, a quella categoria di locazione di lavoro che è la locazione di opere, o contratto di lavoro subordinato. Invece il Pothier alludeva proprio alla locazione d'opera (la romanistica *locatio operis*) coll'espressione « *louage d'oeuvres* », abbandonando la terminologia che aveva per sè il suggello della tradizione romanistica. Il codice Napoleone a sua volta non seguì il Pothier, e per alludere al tipo generalissimo del contratto di lavoro usò il termine « *louage d'ouvrage* » (art. 1710), o « *louage d'ouvrage e*

d'industrie» (art. 1779)¹⁾, che comprende non solo la locazione d'opera, ma anche quella locazione d'opere che il Pothier, fedele alla tradizione storica, e anche alla considerazione in cui ai tempi suoi era tenuto il lavoro tecnicamente subordinato, relega nella trattazione della locazione di cose²⁾.

In altre leggi speciali sarebbe vano cercare un'espressione generale come quella di cui ora ci occupiamo, salvo nella legge sulla tassa di registro, che all'art. 41 segue la terminologia dell'art. 1570 codice civ. « locazione di opere » in un senso evidentemente generale. E salvo forse l'art. 77 cod. proc. civ. che determina il modo di calcolare il valore della controversia nelle « locazioni », cioè anche nelle locazioni di lavoro, nelle quali possiamo far rientrare anche la locazione d'opere, benchè probabilmente il legislatore avesse davanti a sè nel redigere quell'articolo specialmente la locazione di opere. Il cumulo di mercedi rinnovantisi periodicamente non è infatti incompatibile colla locazione di lavoro tecnicamente autonomo.

Ma le altre leggi considerano il lavoro dal punto di vista dell'intervento tutelare, che, come è noto, è in massima limitato (e lo vedremo) al lavoro tecnicamente subordinato (locazione di opere in senso stretto). Quindi non vi si ritrova alcuna espressione sintetica che equivalga alla « locazione di opere » di cui all'art. 1570.

3. Dobbiamo premettere che qui non ci occuperemo della terminologia da assegnare a ciascuna delle due grandi branche in cui a nostro avviso ancor oggi è distinto il contratto di lavoro: la locazione che romanisticamente si suol indicare delle opere, e la locazione dell'opera. Di essa discorreremo a suo luogo, quando illustreremo quella distinzione. E si capisce: la terminologia riflette la natura del rapporto; è naturale, quindi, che il discorrerne a proposito di quella classificazione presupponga la conoscenza dei criteri differenziali che sono a base di quella distinzione: uno degli argomenti fondamentali e più discussi nella materia del contratto di lavoro.

Quanto alla scelta del vocabolo con cui esprimere il tipo di negozio (nella sua più ampia generalità) che è il contratto da cui scendono

¹⁾ La Commissione elaboratrice del progetto francese di legge sul contratto di lavoro osservò a ragione che *ouvrage* e *industrie* non avevano un proprio significato ben preciso che li differenziasse. Potevano quindi considerarsi come espressione pleonastica. Perciò ne propose l'abolizione (cfr. PERREAU, *Contr. de travail*, p. 15). Del resto osservo che mentre il Cod. ital. nell'art. 1570 generalizza l'espressione « locazione delle opere » (limitata, a rigore, al lavoro tecnicamente subordinato), invece l'art. 1710 Cod. Nap. (corrispondente al nostro 1570) generalizza l'espressione opposta « *louage d'ouvrage* », che indica — nell'uso ormai comune della dottrina e della giurisprudenza francese: cfr. infatti PERREAU, op. e l. cit. — solo il lavoro tecnicamente autonomo (imprenditore). Due opposte espressioni erranee, o, almeno, non esatte, per la medesima ragione.

²⁾ *Trattato del contratto di locazione*, n. 10, 165.

un'obbligazione di fare e una obbligazione corrispettiva di pagare il compenso, ci si può opporre una difficoltà preliminare: cioè l'opportunità di una designazione così sintetica. Di quest'obiezione si è fatto eco il Laurent, il quale, col suo non infrequente superficiale semplicismo e materiale ossequio alla lettera del codice, esce a dire che gli interpreti avrebbero fatto molto bene a seguire l'esempio del codice evitando la questione di una espressione generale per tutte le varie forme di quello che noi chiamiamo contratto di lavoro. Infatti, dice, essendoci varietà di forme, il codice le chiama coi nomi che si danno loro nella vita reale; così domestici e operai, vetturini, imprenditori di vetture pubbliche, architetti, imprenditori.

In piena armonia con queste idee era la tendenza della vecchia dottrina a una completa separazione concettuale tra le due grandi branche del contratto di lavoro (la locazione di opere e quella d'opera), e a trattarle quindi separatamente ¹⁾. Oggi va prevalendo un indirizzo differente, al quale il Lotmar ha dato il suffragio della sua autorità. Si ritiene che tutte le molteplici forme di lavoro retribuito, dovuto a contratto, abbiano elementi comuni, che permettano la sussunzione di essi sotto il medesimo tipo fondamentale di contratto. Niente di più naturale, perciò, che si cerchi anche un termine atto a designare questo unico e vastissimo tipo contrattuale. Non è che una miopia scientifica che possa ormai far credere che le due grandi branche del contratto di lavoro appartengano a due diversi tipi fondamentali. E del resto l'esempio di questa modificazione concettuale ce la dà proprio il nostro codice.

Vediamo piuttosto alcune tra le espressioni usate per indicare in genere il contratto di cui qui ci occupiamo.

4. Una denominazione molto usata è quella di « contratto di salariato » o anche « contratto di salario ».

In via generale dal punto di vista della tecnica giuridica va osservato che se nel termine da adottarsi si deve tener conto dell'elemento tipicamente differenziale del rapporto giuridico ²⁾, non è, di regola, esatto l'assumere come elemento siffatto il prezzo del lavoro: perchè la caratteristica di questo tipo di negozio non è già data dal prezzo o compenso che noi troviamo, sia pure sotto altra forma, in altri tipi

¹⁾ Questa tendenza è stata accolta recentemente dall'ABELLO, nel suo trattato della locazione (nei due volumi ultimi, ognuno dei quali è dedicato a ognuna delle due branche fondamentali del contratto di lavoro).

²⁾ In questo senso ha quindi ragione il GROUSSIER in PERREAU, *Le contrat de travail*, p. 63, quando osserva che il miglior modo per definire un contratto è di stabilirne le differenze dagli altri contratti, più che di compilare una formula di definizione. Naturalmente il GROUSSIER qui esagera di molto. Del resto la difficoltà di un'esatta formula di definizione è forse maggiore che quella di trovare una esatta denominazione.

di negozio ¹⁾; ma dalla prestazione rispetto a cui va determinato il prezzo o compenso. Nel caso nostro dunque dalla prestazione di lavoro, come nella locazione di cose dal godimento della cosa, come nella compra-vendita dalla trasmissione della proprietà della cosa.

Che, però, la dottrina — e specialmente gli economisti — facciano largo uso di questa terminologia che ha per fulcro il prezzo del lavoro, si spiega benissimo con ciò, che il problema più grave, nella duplice posizione economico-giuridica creata dal contratto di lavoro, è dato dalla retribuzione del lavoro. La tendenza a preoccuparsi specialmente della posizione economica della parte che di solito è la più debole, cioè del lavoratore, ha condotto ad atteggiare la terminologia unilateralmente, imperniandola sul lavoro dal punto di vista dell'operaio, non dell'industriale; cioè del lavoro come fonte di reddito (salario), non come mezzo per l'attuazione degli scopi (es. produzione) che il creditore cui è dovuto si propone di raggiungere.

Si tratta dunque di un punto di vista non rigorosamente giuridico, e, appunto, di una terminologia che non appartiene alla tecnica giuridica. E un punto di vista che giustifica — e questo è pure importante — la limitata sfera d'applicazione di questo vocabolo.

Infatti, mentre vi è qualche scrittore che non esclude la più larga accezione possibile a quel vocabolo di salario ²⁾ (questa è la ragione per cui noi ne discorriamo a questo luogo), i più limitano il salario, e per conseguenza il salariato a quel tipo di contratto di lavoro che presuppone la subordinazione tecnica del debitore del lavoro al creditore: a quella, insomma, che romanisticamente chiameremo locazione di opere: il salariato comprenderebbe qui il lavoro sia materiale che prevalentemente intellettuale: così ad es. lo Schmoller ³⁾ vi comprende anche gli alti funzionari. Per lo più però il salariato si suole restringere a quel tipo di locazione d'opere in cui la prestazione di lavoro è prevalentemente manuale; in cui quindi chi presta il lavoro non ha ordinariamente altra risorsa che le proprie braccia, e perciò nella discussione delle condizioni del contratto di lavoro (in specie, anzi ormai quasi esclusivamente se individuale) si trova ad essere la parte più debole e facile preda di chi domanda il lavoro ⁴⁾.

¹⁾ In questo senso anche JANNACONN, in *Arch. giurid.*, 53.º, p. 154.

²⁾ Così il CONTENTO, *La teoria del salario*, p. 10, che cita gli avvocati, gli imprenditori e gli operai. Cfr. pure il MODICA, *Contratto di lavoro*, p. 133.

³⁾ *Principes*, IV, p. 14. Così anche il BOCCARDO, il LEROY-BEAULIEU, *Principes*, IV, p. 14. Così pure il LEVASSEUR, *Salariat et salaires*, 1909, p. 1 seg.

⁴⁾ Alcuni, a quanto pare, limitano ulteriormente questo concetto al lavoro industriale; senza ragione, perchè i connotati indicati nel testo si verificano anche per il lavoro agricolo. Così il BRY (*Cours elem. de légis. industr.*, 1908, p. 64): salariato è chi lavora per conto di un imprenditore; e cita le manifatture, le miniere, le ferrovie. Da questa definizione parrebbe anche compreso il lavoro auto-

Questo ceto sociale del salariato, anche così ristretto, sembra antico quanto il mondo: accanto al regime di lavoro coatto (schiavitù, servitù) vi fu sempre, più o meno, offerta di lavoro libero, benchè l'importanza di questa offerta fosse enormemente diminuita dal prevalere del lavoro coatto. Secondo qualche economista invece sarebbe un concetto abbastanza moderno ¹⁾: se il salariato presuppone la mancanza di altre risorse, è da ritenere, si dice, che sia nato nel punto in cui la terra cessò di essere libera, e quindi il lavoratore non ebbe più la scelta tra dare il lavoro ad altri o sfruttare per sè la terra libera. Avremmo dunque accanto al presupposto giuridico della subordinazione tecnica anche l'altro della assenza di altre risorse economiche ²⁾.

Comunque, per ora (dal punto di vista di una analisi puramente giuridica) basterà osservare come nell'uso comune — anche a prescindere dall'osservazione che sopra abbiamo fatto per quanto riguarda la tecnica giuridica — la denominazione « contratto di salario », o « di salariato » sia limitata a un sottogruppo del tipo del contratto di lavoro tecnicamente subordinato. Perciò non se ne può tener conto se si cerca un termine che sintetizzi nella sua più ampia generalità la fonte contrattuale del lavoro retribuito ³⁾. E inoltre la sua portata prevalentemente economica ne fanno un termine poco indicato in una esatta terminologia giuridica che, ripetiamo, deve assumere a elementi costitutivi quegli elementi che diano al rapporto una struttura tipi-

no, fatto per conto di un imprenditore; ciò che non mi pare nel concetto del BRY, benchè in Francia oggi si propenda (e lo vedremo a suo luogo) ad accomunare il trattamento agli operai subordinati e ai piccoli lavoratori autonomi (conduttori d'opera: artigiano). Poi questa definizione comprende nella sua latitudine tanto il direttore generale che il manovale. E anche questo non mi pare il concetto del BRY. La limitazione indicata nel testo è comunemente accolta in Italia, dove è ad es. viva, se non nettamente determinata, la distinzione tra salariati e impiegati; dove promuovere una categoria di lavoratori da quella a questa classe significa un miglioramento e un elevamento. Su questa distinzione ci soffermeremo più avanti.

¹⁾ LORIA, *Il movimento operaio*, p. 14-15.

²⁾ Per cui non sarebbe salariato, con questo concetto, il rapporto di lavoro tra l'industriale e certi operai, di cui scrive il BRENTANO (*Zur Kritik, ecc.*, p. 131-132) che essi (specialmente minatori) comperano un campo ove costruiscono una capanna. Se le condizioni di lavoro non sono buone, ritirano l'offerta del loro lavoro, e si ritirano a lavorare il campicello.

³⁾ Tanto meno indicate sono le parole « proletariato, proletario ». A tacer d'altro (cioè della portata non giuridica di esse) ricordo come le più recenti inchieste abbiano provato come l'operaio tedesco non appartiene a un'unica categoria sociale. La sua personalità (HERKNER, in *Schriften d. Vereins f. Socialpolitik*, 1912 [138.^o], p. 136) appartiene a un numero più grande di gruppi sociali eterogenei. In senso contrario però SINZHEIMER, *ead.*, p. 183: non si è rotta l'unità sociale della classe operaia.

camente differenziale dal punto di vista del diritto ¹⁾. Ora: il fatto che chi offre il lavoro sia nella sfortunata condizione di non avere altra alternativa e di essere quindi, come dice il Loria, « abbandonato all'arbitrio dell'individuo o della classe che lo impiega » ²⁾ è doloroso e ha anche ripercussioni giuridiche sotto forma di atteggiamento peculiare nella formazione del contratto, di speciale determinazione del suo contenuto giuridico, e soprattutto di intervento di una legislazione di tutela; ma è un fatto prevalentemente economico che non costituisce, dal punto di vista del diritto se non dell'economia sociale, una differenza fondamentale tipica di fronte ad altre forme del contratto di lavoro tecnicamente subordinato (locazione di opere).

5. Noi abbiamo prescelto e conserviamo per designare nella sua più ampia latitudine la fonte contrattuale di quello che è, nella normalità del contratto di lavoro, il sinallagma dato dall'obbligo di fare e dal corrispettivo obbligo di un compenso, l'espressione « contratto di lavoro » ³⁾.

Non ignoriamo che con ciò ci stacciamo da una forte corrente dottrinale che suole variamente limitare quell'espressione.

Talora lo si limita al lavoro subordinato, cioè alla cosiddetta « locazione di opere », escludendone la locazione d'opera. La ragione, che non si enuncia mai con chiarezza ma che si intuisce, sarebbe che solo nella prima abbiamo un contratto per effetto del quale una persona dà il proprio lavoro, mette il proprio lavoro così com'è, a disposizione di un'altra persona; mentre nella seconda non si promette che il risultato puramente del lavoro; questo rimane un fenomeno puramente interno di chi lo attua; concerne solo lui. Questa tendenza si rispecchia talora anche nella giurisprudenza dei nostri probiviri.

¹⁾ Nel Cod. civ. portoghese il « lavoro salariato » si distingue dal « servizio domestico » perchè il primo è remunerato giorno per giorno; il secondo a settimana o a mese.

²⁾ Op. cit., p. 15. Quello che diciamo pel « contratto di salariato » vale anche per il « contratto di mano d'opera » escogitato dal GIRAULT, in *Revue d'économie politique*, 1913, p. 170. Questi ha cercato di ritornare in onore e dare veste scientifica a quel vocabolo, riferentesi al lavoro prevalentemente materiale, per il quale è più possibile quel processo di astrazione del lavoro dal lavoratore che più avanti esamineremo per combatterlo.

³⁾ Anche il BRY, op. cit., p. 65, difende contro il PLANIOL questa terminologia, come la più usata in dottrina e in giurisprudenza. Cfr. pure MASSÉ, *Législation du travail et lois ouvrières*, 1904, p. 47, CAPITANT, *Cours de légial. industr.*, p. 131, sg., che sono favorevoli al concetto nostro.

⁴⁾ Così ad es. il COGNETTI DE MARTIIS, in *Bibliot. dell'economista*, V, 2, p. LIIV, distingue imprenditori e operai, collocando quello (lavoratore prevalentemente intellettuale) nell'ambito del capitale, mezzo precipuo cui l'imprenditore si serve per i fini della produzione sino a identificarsi con esso di fronte agli operai. Con ciò il chiaro economista disconosce il lato concetto del « lavoro ». Da ciò segue che il contratto di lavoro, per il COGNETTI, è quello di lavoro prevalentemente materiale. Cfr. pure GERMAIN, cit., p. 50.

Ora, qui bisogna necessariamente che rinvii a quanto esporremo a proposito di questa fondamentale distinzione tra locazione di lavoro subordinato autonomo, e locazione di opere e di opera. Per ora mi basti asserire come in tutte e due le forme sussista, benchè in vario atteggiamento, una prestazione fondamentale di lavoro: perciò non vi è una ragione per escludere quella denominazione per la locazione d'opera.

Il progetto di legge spagnolo sul contratto di lavoro, all'art. 1, definisce il contratto di lavoro come quel contratto che « ha per oggetto la prestazione retribuita di servizi.... », escludendone i contratti di lavoro « effettuati fuori dello stabilimento dall'impresa e fuori dalla ingerenza dell'imprenditore ». Ora, questa non è evidentemente che una definizione che mira a determinare la portata del progetto di legge e che lascia perfettamente intatta la questione puramente scientifica, e non da legislatore: che si intenda per « contratto di lavoro ». Del resto quel progetto esclude dal contratto di lavoro che esso intende regolare il contratto di lavoro tecnicamente autonomo: ma implicitamente riconosce che il concetto del contratto di lavoro è più ampio. Nello stesso ordine di idee è pure l'art. 1 del progetto italiano di legge sul contratto di lavoro del 26 novembre 1902. « Il contratto di lavoro oggetto della presente legge è quello col quale un operaio o altro lavoratore manuale... ».

Dunque la formula di questo progetto di legge (e anche della legge belga sul contratto di lavoro, art. 1) non è un argomento contro di noi. Essi però rivelano come si tenda per lo più a limitare il contratto di lavoro al lavoro subordinato prevalentemente materiale ¹⁾. E questa è in realtà l'opinione più comune, secondo la quale il contratto di lavoro coinciderebbe col salariato, almeno nell'accezione più diffusa di questo concetto. Questo è evidente ad esempio per parte del Jannaccone ²⁾, che limita almeno per certi effetti ³⁾ il « contratto di lavoro » al lavoro quasi esclusivamente manuale provvisto da persone per cui il lavoro è l'unico reddito, e perciò non sono in grado di dibattere preventivamente le condizioni del contratto. Anche coloro che limitano il contratto di lavoro al lavoro industriale ⁴⁾ in realtà arrivano al me-

¹⁾ Es. *Probiviri sez. alim.*, Brescia, 12 sett. 1915 (*Boll. Uff. Lavoro*, 1912, p. 633): non è contratto di lavoro quello pel quale un cuoco porta con sè le proprie batterie da lavoro e con lui contratta la preparazione delle vivande per conto proprio, direttamente, intascando il prezzo dagli avventori. Su questo caso però ancora *appr. cap. V*, § 5. Anche il CARNELUTTI in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 527, riferisce il « contratto di lavoro » in senso stretto alla locazione di opere.

²⁾ In *Archivio giuridico*, cit., p. 156 e 112.

³⁾ E allora parrebbe che, salvo questo effetto, il JANNACCONE ammetta la larga portata dell'espressione da noi accolta.

⁴⁾ Tra questi l'ABELLO, *Trattato*, cit., II, p. 6.

desimo risultato di limitare il lavoro al lavoro manuale. Ma l'ulteriore limitazione al lavoro manuale « industriale » è, poi, anche meno giustificata ¹⁾.

Il vero è che tutte queste limitazioni hanno una ragion d'essere solo dal punto di vista esclusivo e ristretto da cui si collocano certe leggi che fanno parte della cosiddetta legislazione sociale che si propone la tutela del lavoro; e quindi del lavoro prevalentemente materiale, cioè del salariato. In questo senso ad es. la nostra espressione è usata nell'art. 8 della legge 15 giugno 1893 ²⁾ sui probiviri.

Ma il punto di vista della legislazione sociale non coincide necessariamente con quello di un'ampia e sintetica ricostruzione giuridica del rapporto complesso di prestazione di lavoro, qualunque essa sia, contro mercede ³⁾. Non vi è una ragione per limitare questo concetto al lavoro manuale ⁴⁾ o a quello industriale. La chiarezza terminologica, che non è mai troppa, vuole che si discerna accuratamente il campo, che è più ristretto, di una legge che si propone solo la cura di certi particolari interessi, proprii di un gruppo, notevole ma non certo esauriente di contratti di lavoro, dal campo ampio e sintetico del rapporto ora accennato. Da questo ampio punto di vista certo è « lavoro » quello dell'avvocato, dell'artista, del prefetto, così come quello del manovale ferroviario, o del facchino. E allora perchè rifiutare quell'espressione anche per denotare la fonte contrattuale da cui scende il rapporto che vincola l'attività dell'avvocato, dell'artista e magari tecnicamente (lo vedremo a suo tempo) del prefetto? ⁵⁾. A ragione il Lotmar os-

¹⁾ In questo senso è accolta l'espressione dal REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, 1906, p. 167, che ritiene infelice ad ogni modo dal punto di vista della nomenclatura tecnico-giuridica l'espressione « contratto di lavoro ». Del resto questa limitazione al lavoro industriale va perdendo oggi terreno nell'uso comune: oggi si discorre ampiamente di contratto di lavoro artistico, marittimo, agricolo e via dicendo. È un sintomo del riespandersi della portata di quell'espressione.

²⁾ E lo stesso è a dire per la medesima espressione (*Arbeitsvertrag*) nelle leggi speciali tedesche. LOTMAR, cit., I, 54. Però con qualche maggior latitudine, comprendendo anche il lavoro degli impiegati industriali, che può essere prevalentemente intellettuale: ad ogni modo non manuale.

³⁾ Esattamente perciò, come s'è visto l'art. 1 del prog. di legge ital. sul contratto di lavoro del 1902 premette alla definizione del contratto di lavoro le parole: « il contratto di lavoro oggetto della presente legge è quello col quale.... ». Infatti il contratto di lavoro in generale è assai più ampio di quello che risulta da questa definizione, ristretto al lavoro subordinato e manuale.

⁴⁾ Come fa spesso la giurisprudenza. Così Cass. Napoli 25 aprile 1903, *Legge*, 1903, 1490, secondo cui « bisogna distinguere la locazione di opere, rivestita di tutta la solennità propria delle forme notarili, ed i contratti di lavoro rispetto a operai giornalieri o a mese.... ».

⁵⁾ Cosicchè data la tendenza già accennata all'espansione dei termini « contratto di lavoro, lavoratori » per la designazione, diciamo così, ufficiale di certi mestieri

serva ¹⁾ che questa limitazione del « contratto di lavoro » al lavoro non autonomo, e cioè alla locazione di opere, è anche peggiore delle altre che si imperniano su certe posizioni sociali od economiche, perchè alcuni casi, che secondo questo criterio economico sono casi di contratto di lavoro, con quella limitazione non lo sarebbero, essendo dubbio se si tratti di locazione di opere o di opera (lavoro subordinato o autonomo) ²⁾.

Del resto questa delimitazione appare logicamente dissonante anche col concetto che, latente, le sta a base: il concetto di una limitazione al lavoro materiale o subordinato meritevole di speciale tutela sociale e legislativa. Infatti in Francia (e non là solamente) si va diffondendo — veramente con non troppa fortuna legislativa, fino ad oggi! — il concetto che occorre equiparare nel trattamento giuridico al lavoro subordinato (locazione di opere) anche certe forme economicamente elementari di lavoro autonomo (locazione d'opera, appalto) egualmente meritevoli di tutela. Ciò spiega perchè nel progetto di legge sul contratto di lavoro, faticosamente elaborato in Francia attraverso a una notevole, ma non sufficiente preparazione teorica, si sia distinto il « *contrat de travail* » dal « *contrat d'industrie* », raggruppando nel primo tutte le forme di lavoro nell'interesse di una o più determinate persone (creditori del lavoro), e comprendendovi accanto alla locazione di opere (normalmente in rapporto stabile col medesimo industriale) anche certe locazioni di opera (appalti) con cui il lavoratore offre l'opera propria simultaneamente a più di una persona (committenti). L'idea generatrice era di estendere anche al lavoro a domicilio (ritenuto a ragione un caso di lavoro autonomo) le provvidenze legislative presupponenti il contratto di lavoro nel senso comunemente accolto di lavoro subordinato (locazione d'opere). La conseguenza di ciò sarebbe stata anche una attenuazione non irrilevante dei rischi che secondo l'art. 1785 e seguenti, cod. civ. francese (1635 e seg., cod. civ. italiano) incombono al debitore di lavoro autonomo (locazione d'opera), quale è realmente secondo l'opinione più attendibile il lavorante a domicilio.

Come si vede quella limitata concezione del « contratto di lavoro » ha per effetto una strana confusione di concetti, una sussunzione nella medesima categoria di forme fondamentalmente disparate e antitetiche di contratto di lavoro, coll'inconveniente di applicare all'una di esse

manuali (lavoratori della mensa, ad es., è l'espressione tecnica collettiva dei cuochi e dei camerieri) chissà che non si arrivi a chiamare « lavoratori del pennello » sia gli imbiancatori come i pittori di vaglia? Giuridicamente sarebbe esatto, benchè socialmente potrebbero nascere equivoci portando a un'eccessiva parificazione dei due rami!

¹⁾ Op. cit., I, 56.

²⁾ Il LOTMAR cita il lavoro a domicilio, rispetto al quale quindi sarebbe incerta la qualità di « contratto di lavoro »: conclusione che non mi persuade. Sul lavoro a domicilio si veggia appresso.

regole in opposizione colla sua natura giuridica ¹⁾. Questo prova che per fare una legge non basta possedere una più o meno vaga aspirazione di miglioramenti economici per determinate classi alle quali si vuol provvedere; ma bisogna anche conoscere meno superficialmente la struttura giuridica, quale esce dalle leggi vigenti, dei rapporti che si intende disciplinare. In conclusione non mi pare proprio che l'estensione accordata a questa parola « lavoro » debba essere condannata. Urtera forse contro quella vaga impressione che in noi è creata dall'abitudine. È forse perciò che il codice civile svizzero riferisce il « contratto di lavoro » al lavoro prevalentemente materiale (art. 319 e seg.): benchè in realtà coll'art. 361 finisca coll'estenderne le norme anche al lavoro prevalentemente intellettuale. Ma non è questa una ragione per rifiutare un'espressione che generalizzi una delle più nobili manifestazioni dell'umanità intelligente: il lavoro; e che, inoltre, risponda a un esatissimo concetto giuridico, perchè s'impignia sull'elemento fondamentale del tipo negoziale. Dice benissimo il Lotmar ²⁾: « Termini giuridici che servono per concetti generali non occorre coincidano coll'uso linguistico comune, che si ispira a direttive diverse da quelle del linguaggio giuridico ». Certo nessun ragazzo chiamando il padre fa uso, come si capisce, della espressione titolare della patria potestà, come non è da lui chiamato soggetto alla patria potestà, così come nessuna cuoca ha chiamato il suo padrone: conduttore di opere ³⁾.

Sull'adozione di questa espressione sintetica « contratto di lavoro » ⁴⁾, già affermata sin dalla prima edizione, posso citare il consenso del Lotmar, il quale pure arriva ad accogliere quel termine colla stessa portata generale. E faccio miei anche taluni dei corollari ⁵⁾ che il Lot-

¹⁾ Cfr. anche PERREAU, *Contrat de travail*, p. 20. Vedi SALEILLES in *Bulletin de la Société des études législat.*, 1906, p. 439 seg.

²⁾ Op. cit., I, p. 62.

³⁾ Il Codice civile olandese, ricalcato sul Cod. Nap., tra le modificazioni introdotte in materia di contratto di lavoro, all'art. 1637 ha pure la definizione del « contratto di lavoro » limitata alla locazione di servizi, esclusa quindi la locazione d'opera; anzi limitata alla locazione di lavoro subordinato industriale (operaio).

⁴⁾ Alla quale portata sintetica allude, se non erro, l'art. 17, legge sulle risaie 16 giugno 1907, n. 327: « Il contratto di lavoro relativo alla coltivazione del riso... ». Cfr. art. 19, 22, 23. La legge sui probiviri (15 giugno 1893, n. 295), come s'è visto, usa pure quell'espressione (art. 8) riferendola al lavoro prevalentemente materiale: il REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, p. 67, definisce perciò questo contratto di lavoro come quello che ha per oggetto lavoro febbrile. Non capisco però perchè questa legge non designi con quell'espressione « una determinata figura o tipo di contratto nominato... ». Il tipo è determinato e nominato: solo ha in realtà una portata di applicazione più vasta di quella a cui è limitata la legge sui probiviri.

⁵⁾ LOTMAR, op. e l. cit.

mar ne ricava. Così ad es. è verissimo che quell'espressione, come tale da riprodurre solo una posizione contrattuale nei suoi elementi tipici e comuni, non rispecchia per conseguenza la classe economica cui la persona debitrice del lavoro appartiene; il che è specialmente vero per le altre espressioni che da quella derivano, e che designano le due parti contraenti ¹⁾. Insomma siamo di fronte a una terminologia puramente giuridica, limitata al contratto e alla situazione giuridica creata da esso ²⁾.

A questa espressione generale hanno fatto pure adesione, specie nella più recente dottrina francese, altri, come ad es. il Groussier ³⁾, che nel contratto di lavoro comprendono qualunque forma di attività di lavoro compensato, anche autonomo, anche prevalentemente intellettuale: e ciò collo scopo di poter con ciò sempre più allontanare il contratto di lavoro dal tipo « locazione » che si intende limitato alle cose. Il punto di partenza sarebbe l'incompatibilità di questo tipo « locazione di cose » col lavoro intellettuale, e la opportunità di eliminare il termine generale « locazione » (di opere, di opera) venutoci dal diritto romano, sostituendogli un altro vocabolo egualmente generale. È un problema, questo delle attinenze del « contratto di lavoro » col tipo « locazione », che ci preoccuperà più avanti.

Naturalmente l'adozione di un termine unico è un sintomo dal quale risulta che noi riuniamo tutte le varie manifestazioni del lavoro retribuito sotto un unico, grande tipo di negozio. E a questo concetto ci siamo ispirati nel sistema della trattazione, non distinguendo, come altri ha fatto, la locazione di opere da quella di opera: ciò che, naturalmente, non ci impedirà dal segnare di volta in volta le differenze tra i vari sotto-tipi ⁴⁾. Date le evidenti affinità strutturali in tutte le forme di lavoro retribuito, parrà dunque logico che si abbia ad accogliere

¹⁾ Creditore del lavoro non è sinonimo di capitalista, come debitore del lavoro di proletario. L'operaio può essere creditore del lavoro verso il suo calzolaio, come a sua volta un imprenditore di strade ferrate o di una navigazione lacuale è debitore del lavoro verso l'umile artigiano che alla stazione acquista il biglietto.

²⁾ Anche lo STOBBE-LEHMANN, *Handbuch d. deutschen Privatrechts*, IV, § 248, ha accolto il « contratto di lavoro » nella sua massima latitudine (operai, artisti, professionisti, ferrovie, ecc.).

³⁾ In PERREAU, *Contrat de travail*, p. 70.

⁴⁾ Anche il MASSÉ, cit., p. 50, ammette una concezione vasta e unitaria del contratto di lavoro, e perciò ne ammette la generalità di espressione. Ma veramente egli vi arriva per un errore quanto alla distinzione tra locazione di opere e di opera (lavoro subordinato o autonomo), che confonde coll'altra distinzione tra lavoro a tempo o a cottimo. Come si capisce (e lo vedremo a suo luogo), dato ciò, il MASSÉ ha anche più facilmente potuto concludere come ha fatto! — Il Codice civile svizzero obbl. invece limita il « contratto di lavoro » al lavoro subordinato; la « locazione d'opera » è chiamata « contratto d'appalto » (art. 363).

un'unica denominazione. E dico di più: ciò è anche opportuno. Perchè in tal modo si consacra anche meglio quello che è un concetto tutto moderno: l'eguale adattabilità dello stesso tipo di negozio a tutte le varie forme di lavoro, qualunque esse siano: e specialmente sia a quello prevalentemente materiale, come a quello prevalentemente intellettuale. Come ha osservato benissimo anche il Cavè¹⁾ tutte le varie specie di prestazioni di lavoro sono giuridicamente assimilabili, e quindi è opportuna l'unicità terminologica quale solo il « contratto di lavoro » può dare.

Si badi però fin d'ora a non equivocare. Unicità di negozio sì; opportunità, perciò, anzi esclusiva possibilità di esprimerla data solo da quelle parole sì: ma le varie forme di lavoro imprimono poi differenze talora notevoli nella disciplina giuridica del rapporto, che non può non risentire delle evidenti differenze economiche sociali.

6. Dal Planiol²⁾ è venuta una critica, che a tutta prima sembra avere qualche fondamento, contro l'adozione del termine « contratto di lavoro ». Il Planiol osserva che questa denominazione manca di precisione. Perchè se si chiama « contratto di lavoro » questo, si dovrebbe poter chiamare « contratto di godimento » la locazione di cose, e « contratto di proprietà » la compra-vendita. È una denominazione che non avrebbe senso, come non avrebbe senso il chiamare « contratto di casa » la locazione di una casa.

L'osservazione è acuta, ma lo è forse troppo. Nessuno dubita che denominazioni come « contratto di casa », o « di cosa » siano troppo indeterminate, potendosi dare una quantità di rapporti giuridici diversissimi sia su case come, più in genere, su cose. E da questo punto di vista neppure la denominazione da noi accolta « contratto di lavoro » è scevra di censure. Infatti il lavoro può essere prestato, oltre che a titolo oneroso, anche a titolo gratuito³⁾. E di quest'ultimo noi non ci occupiamo affatto, mentre quell'espressione a tutta prima potrebbe invece racchiudere anche quest'ultima ipotesi. Per distinguere i due casi, in modo da far risaltare la necessità di una mercede, sarebbe opportunissima la adozione del vocabolo che ci è venuto dalla sapienza romana: locazione⁴⁾.

¹⁾ Nel *Bulletin de la Société des études légis.*, 1906.

²⁾ *Traité élémentaire du droit civil*, II, p. 566.

³⁾ Non credo invece di dover rilevare l'altra possibile censura del GROUSSIÈRE (in *PERRÉAU, Contr. de trav.*, p. 75) e a cui del resto lo stesso GROUSSIÈRE non ammette molta importanza, secondo cui si può dare anche lavoro per sé, non per altri. Basta rilevare che l'esistenza di un contratto unitamente al fatto che il lavoro è elemento fisionomico del rapporto, dimostrano l'esistenza di rapporti tra almeno due persone, in cui il lavoro è quindi promesso per utilità di altri.

⁴⁾ La denominazione « contratto di locazione del lavoro » è ritenuta la più corretta tra tutte dal MASSÉ, cit., l. cit. Il quale aggiunge che tuttavia preferisce

Noi però, premesso che non è questo il luogo per discorrere dei nessi tra il « contratto di lavoro » e il tipo di negozio « locazione », dobbiamo anzitutto rilevare che il tipo di negozio, differente da quello di cui ci occupiamo, e che ha per oggetto il lavoro prestato a titolo gratuito ha già, secondo quanto cercheremo di dimostrare più avanti, una denominazione sua propria: « mandato » (come tipo di contratto civile con cui ha nulla di comune, da questo punto di vista, il « mandato commerciale » di cui agli art. 349 e seg. Cod. comm.). Perciò resta inteso che « contratto di lavoro » è precisamente quello che ha per effetto giuridico tipico, come s'è visto, la prestazione di lavoro contro mercede come corrispettivo. D'altronde l'uso comune ormai universale sottintende con molta chiarezza questa limitazione, quindi da questo punto di vista non sarebbe molto pratico l'insistere nella censura ¹⁾).

Eliminata questa difficoltà, mi pare che le obiezioni alla nostra denominazione non abbiano più ragione di essere. L'elemento fisionomico di questo tipo di negozio è il « godimento del lavoro altrui » ²⁾. Questo elemento che deve risaltare nella terminologia è ad ogni modo bene chiarito anche con « locazione di lavoro » (preferita dal Planiol), che, benchè termine poco usato, è però espressione esatissima, come vedremo, e noi ne faremo pure uso. Ad ogni modo, una volta riconosciuta la diffusione grande dell'espressione da noi prescelta, è ammesso che l'unico tipo di contratto in cui il lavoro per altri sia il fulcro e sia esclusa la gratuita è appunto il contratto di lavoro, che non è se non locazione di lavoro, non vi è nulla di male ad accettare questo termine.

Il Perreau, a rincalzo, osserva che questa espressione « contratto di lavoro » ³⁾ richiama meglio l'attenzione sul carattere volontario, bila-

adottare l'espressione « contratto di lavoro » perchè la più breve, e ciò a rischio di meritare le censure dei giuristi di diritto astratto « habitués à l'analyse qui coupe les fils en quatre, sans rendre leur science plus vivante », p. 47, nota 2. Ma, per le ragioni di cui nel testo, mi pare che a quell'espressione neppure un giurista avvezzo alle sottigliezze possa fare il viso arcigno. L'espressione « locazione di lavoro » è accolta nell'art. 1711 Cod. Nap., ma probabilmente per designare solo locazione di opere. MASSÉ, cit., p. 48.

¹⁾ Cfr. su ciò ABELLO, op. e l. cit.

²⁾ Concetto vero, come vedremo, anche quando il godimento si riferisca più direttamente al « risultato del lavoro altrui » (lavoro autonomo, nella locazione di opera). Perciò non condivido l'opinione del GROUSSIER, in PERREAU, *Contrat de travail*, p. 75, che, ritenendo qui assimilato il « lavoro » alla « cosa » (prodotta dal lavoro), dà ragione alla censura del PLANIOL. « Contratto di lavoro » è dunque perfettamente estensibile anche alla locazione di opera (lavoro autonomo).

³⁾ Infatti è vero che la denominazione « contratto di lavoro » è stata usata per i primi dagli economisti, che, naturalmente, si sono a preferenza preoccupati della posizione economica del lavoratore. Ma questa non è una ragione per cui il PLANIOL

terale e contrattuale che sempre più debbono presentare i rapporti tra creditore e debitore del lavoro: ciò che veramente non comprendo troppo bene. È forse la nota fobia per la parola « locazione »? Vedremo che è una fobia assurda; perchè aver paura delle parole quando la sostanza è salva? E così, quando il Perreau¹⁾ aggiunge che « contratto di lavoro » implica l'idea di eguaglianza giuridica tra le parti, già disconosciuta dal legislatore del 1804, io rispondo che il collocarsi colle due espressioni di « locazione del lavoro » e di « contratto di lavoro » dal punto di vista del lavoratore, anzichè di colui a cui il lavoro è prestato, può essere opportuno per la singolare importanza che nel « godimento di lavoro altrui » assume, a differenza del « godimento di cosa altrui » (locazione di cosa) la posizione economico-giuridica, la posizione sociale, insomma, di chi deve il lavoro in confronto a quella di chi puramente deve permettere ad altri il godimento della cosa propria. Ma non è affatto vero che l'appoggiarci, nella terminologia, a preferenza sulla posizione giuridica del debitore del lavoro concorra a chiarire l'eguaglianza giuridica delle parti. Questa sussiste già per la realtà della sostanza nel rapporto giuridico scendente dal « contratto di lavoro ». Potrebbe esser vero anzi il contrario: chè l'appoggiarci alla « prestazione di lavoro », caso mai, pone in luce la condizione, spesso di subordinazione, di chi è soggetto a dover indirizzare le proprie energie di lavoro per l'utilità di altre persone.

7. La lingua italiana non ha un'espressione sintetica per indicare con assoluta chiarezza le due parti nel contratto di lavoro, così come dal diritto romano ci è venuto il « venditore », e noi oggi indichiamo « compratore » l'altro contraente in quel rapporto giuridico rimasto sin dall'antico sostanzialmente immutato che è la compra-vendita. Il contratto di lavoro in diritto romano adottò una diversa terminologia secondo i due grandi gruppi di contratto di lavoro (autonomo o subordinato; *opus* od *operae*); e cioè chiamando conduttore il debitore di lavoro autonomo (*conductor* od *redemptor operis*), e locatore il debitore di lavoro tecnicamente subordinato (*locator operarum*). Di questa terminologia discorreremo a suo tempo, a proposito di questa fondamentale classificazione del contratto di lavoro.

È però notevole come il nostro codice eviti accuratamente l'impiego di questi vecchi termini che la tradizione romanistica ci ha tramandato, e soprattutto non abbia tentato sulla base di quei vocaboli la unificazione terminologica, quale ad es. ha proposto l'Abello²⁾, che usa

debba impennarsi contro quella denominazione, che si difende, ripetiamo, anche dal punto di vista della tecnica giuridica.

¹⁾ *Contrat de travail*, p. 21.

²⁾ *Op. cit.*, II, p. 13-14.

in genere « locatore » per indicare chi dà le proprie energie di lavoro, e « conduttore » chi riceve il lavoro e paga il corrispettivo. Nelle altre leggi è vano cercare un vocabolo così generale; chè, come sappiamo, nessuna di esse considera il contratto di lavoro in genere. Contro l'impiego della terminologia usata dall'Abello veramente si oppone la imponente tradizione romanistica che dà alle parole locatore e conduttore una portata diversa secondo che si tratta di locazione d'opera o di opere; è una tradizione che oggi non trova un'eco nella nostra coscienza giuridica, mentre un tempo aveva pure la sua ragion d'essere. Ma però è verissimo che non si può rifiutare quella terminologia unicamente per il richiamo alla « locazione »; anzi da quel punto di vista non ci sarebbe nulla di male a generalizzare, coll'Abello, la parola locatore per indicare chi offre l'utilizzazione di una fonte sua di energie (cosa o lavoro). Cfr. però art. 20, 23, 24, ecc. legge citata sulle risaie.

Nella dottrina si usa talora la parola « lavoratore », per indicare in genere chi si è assunto una prestazione di lavoro ¹⁾. È un'espressione comoda, e noi ne faremo uso bene spesso: ma bisogna ammettere che è una espressione che si presta all'equivoco; designa in genere chi lavora, anche per proprio conto e non per altri, e cioè pel proprio consumo, oppure per vendere i prodotti [in questi casi manca il contratto di lavoro]: ad essi allude l'art. 13 pr. del testo unico sulla Cassa Nazionale di previdenza, 30 maggio 1907. Inoltre con questa espressione si sogliono per lo più indicare, nell'uso comune, i debitori di lavoro non tecnicamente autonomo ²⁾, cioè subordinati (locazione di opere), e più precisamente quelli rispetto ai quali (i salariati) si attua l'intervento tutelare e integratore dello Stato ³⁾, e il cui lavoro è prevalentemente materiale.

¹⁾ Così il ROSCHER, *Grundl. d. Nationalökon.*: I (1886), p. 410, nota 7: lavoratore è anche il ministro, osserva il ROSCHER. E invero non c'è nulla di male nè di umiliante nell'estensione di questo vocabolo, che i più (es. lo SMITH) riferiscono per antonomasia al lavoratore proletario, che cioè non ha se non il proprio lavoro.

²⁾ Il CARNELUTTI, in *Rivista di dir. comm.*, 1910, II, p. 23, propugna i termini « imprenditore » e « lavoratore » alludendo precisamente a questa grande categoria del contratto di lavoro (locazione di opere). La parola lavoratore è accolta nel Cod. feder. obbligazioni, art. 319, seg.; nella legge sulle risaie (16 giugno 1907), art. 11, seg.

³⁾ Cfr. ROSIN, *D. Recht d. Arbeiterversicherung*, I, p. 145. Già abbiamo visto sopra che questa espressione — nei limiti segnati nel testo — tende a sempre più generalizzarsi, quasi a nobilitare con una espressione più astratta il mestiere manuale. Si capisce che se si volessero varcare quei limiti si potrebbe generalizzare l'espressione chiamando ad es. gli avvocati i « lavoratori del foro ». Il tribunale dell'Impero germanico (*Entscheid. in Civils.*, 17.°, p. 91) ha negato stranamente ai tramagnini, attori, professori d'orchestra ecc. la denominazione di « lavoratori del teatro ». Del resto l'impiego di questa espressione « lavoratori » con l'aggiunta

Altre espressioni ha suggerito la dottrina economica inglese: impiegante e impiegato (*employer, employed*). Questi vocaboli sono stati ora ufficialmente assunti nei più recenti progetti di legge francesi (*employeur, employé*) sul contratto di lavoro (es. quello schizzato dalla *Société des études législatives* nel 1906, e quello presentato dal Governo francese il 2 luglio 1900). Sarebbero certo tra le migliori (cfr. art. 11 legge cit. sulle risaie) se non si prestassero (nella comunemente accolta terminologia italiana) a un equivoco quanto all' « impiegato » ¹⁾. E poi allude forse troppo al lavoro subordinato (locazione di opere) ²⁾ e a quello continuo. Peggio ancora la parola « operai », che fu accolta in una non felice traduzione di un'espressione del Macleod, che la riferisce a qualunque lavoratore, dal ministro al facchino.

Nella dottrina tedesca è stata adottata ormai concordemente la espressione « datore del lavoro » per designare colui a cui profitto e dietro cui incarico l'altra parte adempie alla prestazione di lavoro; quest'ultimo è chiamato « prenditore del lavoro » ³⁾. A questa terminologia si è certo ispirato tra noi ad es. il Carnelutti ⁴⁾, che chiama debitore del lavoro in genere il datore, creditore del lavoro il prenditore (lavoratore).

Da parte mia non ho creduto di dovere adottare questa terminologia, che, a mio avviso, si presta troppo all'equivoco ⁵⁾. A tutta prima

della qualifica specificatrice si diffonde specie come formula sintetica che abbraccia parecchi mestieri o forme di attività varie, ma tutte riannodantisi intorno a un perno comune, convergenti a una meta comune, e nei casi di coalizione di queste forme varie in Sindacato.

¹⁾ È appunto per eliminare ogni equivoco che il GROUSSIER (in PERREAU et GROUSSIER, *Le contrat de travail*, 1908, p. 122) proponeva di sostituire a quelle parole (nell'art. 1 del progetto governativo), le altre « le parti contraenti ». Il PERREAU, *ivi*, ripete che ogni confusione è esclusa. La parola *ouvriers* certo è troppo ristretta. — Impiegante e impiegato è usato dal CARNELUTTI in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, 288. Cfr. pure ROSSEL, *Manuel de droit civ. Suisse* (1912), III, p. 363.

²⁾ Il CARNELUTTI, op. e l. cit., ritiene questi termini linguisticamente mediocri e giuridicamente insufficienti. Anche più lo sono i termini « allogatore, allogato » proposti da JANNACCONE: il CARNELUTTI li chiama « insipidi ». Quanto all'espressione *employeur, employé* di cui nel testo osservo che i progetti di legge francesi cui mi riferisco regolano esclusivamente il contratto di lavoro subordinato, che appunto con quel termine si allude, in sostanza, al vincolo duraturo, tra un debitore e un dato (e non altri) creditore del lavoro, con rapporto di subordinazione.

³⁾ Così LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 60; datore di lavoro è chi promette la mercede, prenditore è chi la prende.

⁴⁾ In *Rivista di dir. comm.*, 1910, II, 435 seg. Lo stesso scrittore però, *cod.*, p. 23, aveva tacciato (e a ragione) di « pesante » questa terminologia tedesca, come pure quella romanistica.

⁵⁾ Già ENGEL, nella prefazione a MARX, *Kapital*, I, p. XX, trovò assurda questa terminologia, che chiama una « corruzione linguistica » (*Kandervalsch*). Quando anche si voglia prendere « lavoro » come « occasione di lavoro », dice, gli economisti francesi (della cui limpidezza di espressione l'ENGELS, a ragione, è ammiratore) non avrebbe mai chiamato « datore di lavoro » il capitalista.

pare abbastanza naturale che datore del lavoro sia chi lo dà, chi lo presta; prenditore colui a cui il lavoro è prestato, che quindi, in un certo senso, lo prende. Il Lotmar avverte, a giustificazione di quella dizione, che in quelle espressioni la parola « lavoro » è assunta nel significato « occasione di lavoro ». Ora: questo potrà ammettersi dal punto di vista di qualche problema dell'economia sociale; quando discorrendo della disoccupazione si parla di operai « senza lavoro », si potrà anche ritenere che lavoro qui vale occasione di lavoro: benchè la cosa non sia sicurissima, e si possa dare al lavoro anche qui un significato differente. Ma una terminologia deve adattarsi soprattutto al concetto che vuole esprimere: ora si tratta qui di indicare le parti nel contratto di lavoro. Nella situazione economico-giuridica creata dal contratto di lavoro l'elemento fondamentale è appunto la prestazione di energie, l'attuazione concreta della potenza di lavoro, a cui una parte è costretta, e a cui l'altra ha diritto ¹⁾. L'occasione di lavoro avrà determinato la conclusione del contratto; nella posizione giuridica contrattuale lavoro è l'attuazione della prestazione.

Questo a me pare indubbio. E allora non rimane che la terminologia da me proposta già nella prima edizione: di creditore del lavoro per indicare chi ha diritto di pretendere dall'altro contraente la prestazione del lavoro; debitore del lavoro chi ha l'obbligo di attuarla ²⁾.

Del resto il Lotmar finisce coll'ammettere di dovere insistere nella terminologia suaccennata non essendovi alcuna altra designazione generica.

¹⁾ Perciò nell'uso comune del vocabolo (ho io bisogno di richiamare ad es. la espressione « datori di opera » così frequente nei giornali e nei comizi ?) chi dà il lavoro è il lavoratore.

²⁾ Il CARNELUTTI, op. e l. cit., elimina senz'altro la terminologia da me proposta, senza neppur discuterla, e ciò quantunque egli stesso talora ne usi (*Rivista dir. comm.*, 1910, II, 436). Del resto non regge l'obiezione che le si può fare a tutta prima, e cioè che non è chiaro quale dei due contraenti sia il creditore del lavoro. Cio è vero, se si parte dal concetto di un diritto del lavoratore a che gli sia dato, come è contrattualmente pattuito, modo di lavorare. Ma vale qui quanto abbiamo sopra obiettato alla terminologia tedesca. Inoltre il concetto di un diritto dell'operaio (sia pure contrattualmente sorto) al lavoro non è, giuridicamente, così sicuro come può parere: mentre lo è certamente il diritto alla mercede.

CAPO SECONDO.

GLI ELEMENTI TIPICI DEL CONTRATTO DI LAVORO. IL LAVORO.

§ 1. — *Concetto del lavoro.*

SOMMARIO. — 8. Gli elementi tipici del contratto di lavoro in generale. — 9. Il lavoro secondo l'art. 1570. — 10. Concetto e definizioni del lavoro. — 11. Se il lavoro sia sforzo e movimento. La prestazione della custodia. — 12. Il lavoro puramente psichico. Il risparmio. — 13. Se il lavoro sia una pena. — 14. Lavoro materiale, lavoro intellettuale. — 15. La storia del lavoro. — 16. Intervento legislativo a tutela specialmente del lavoro muscolare. — 17. Se la legislazione italiana di tutela del lavoro presupponga sempre il lavoro prevalentemente muscolare. — 18. Lavoro qualificato e non qualificato.

8. La definizione del contratto di lavoro di cui all'art. 1570 ci propone gli elementi che concorrono a formare la fisionomia tipica di questo contratto. E cioè:

1.° anzitutto il lavoro, la prestazione del quale è quella tra le due controprestazioni che distingue questo tipo di contratto oneroso dagli altri (capo II);

2.° la mercede, cioè il corrispettivo che è dovuto dal creditore del lavoro a chi dà le proprie energie (capo III);

3.° il rapporto fra le due prestazioni, cioè l'onerosità (capo IV e capo V).

Noi illustreremo, nelle pagine seguenti, questi tre capisaldi fondamentali del nostro istituto giuridico.

9. L'art. 1570 non chiarisce nei dettagli in che possa consistere il lavoro nel contratto che da esso prende il nome: usa in genere una formula molto lata (e non poteva fare altrimenti): « ...una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa... ».

« A fare una cosa » è troppo vago, osserva il Vita Levi¹⁾. Si potrà forse ammettere che dal punto di vista della rigorosa esattezza scientifica quella definizione avrebbe potuto essere più dettagliata. Ma è anche vero che il legislatore in quell'articolo ha tentato di dare una definizione complessiva per il contratto di lavoro nelle due grandi branche, e che perciò (ammessa la possibilità e la convenienza di siffatta definizione) non si poteva pretendere che desse una descrizione succinta, e quindi involuta e inafferrabile delle caratteristiche del

¹⁾ *Locazione di opere ed appalti*, II, p. 15. Osservo che « fare una cosa » rivela la tendenza, vigente al tempo della codificazione napoleonica, a vedere nella locazione di lavoro specialmente il lavoro produttivo, diretto alla elaborazione di di cose materiali, trascurando il lavoro sotto forma di servizio. Cfr. su ciò appresso.

contratto di lavoro sulle sue due suddivisioni. Cotesti non sono che tentativi artificiosi da compilatore paziente; tentativi di dubbio esito tanto più quando si pensi che, data la natura così differente delle principali distinzioni che si sogliono fare in seno alla categoria ampia del « contratto di lavoro », una definizione che sia l'esatta sintesi dei lineamenti tipici di ognuna di queste distinzioni, per essere perspicua dovrebbe essere molto diffusa.

Si aggiunga poi che il legislatore deve più che si può ridurre la definizione ai più semplici e caratteristici elementi dell'istituto. Infatti ogni definizione è legislativamente pericolosa perciò, appunto, che costituisce una specie di descrizione ricostruttiva dell'istituto. Ora, in una descrizione siffatta certo non manca una parte veramente normativa: è qui che la legge, col chiarire in proposito il proprio concetto, adempie veramente al suo ufficio. Ma vi può essere pure commista una parte puramente dogmatica; e qui la legge può errare; già si sa che il legislatore è bene spesso un cattivo dogmatico; lo è appunto perchè come tale fa quello che non gli compete, esorbita dalle sue funzioni, col rischio di sviare la scienza, cui veramente spetta di ricostruire sulle tracce delle norme.

Non si può perciò rimproverare al nostro legislatore di essersi limitato ad accennare in quell'articolo a quelle che sono le caratteristiche fondamentali, e come tali perciò fuori discussione, del complesso rapporto giuridico che scende dal contratto di lavoro, e cioè al duplice rapporto antitetico di cui l'uno è diretto alla prestazione tipica, di fare; l'altro alla prestazione di una retribuzione, di un compenso. Questi due elementi non possono mai mancare; essi sono per l'appunto l'elemento che differenzia questo tipo di negozio che è il « contratto di lavoro » da ogni altro: il legislatore è stato dunque, volutamente, molto prudente. Ma queste poche parole, che il Vita Levi accusa di indeterminatezza, in realtà sono la chiave di volta per risolvere una quantità di dubbi: il corso della nostra trattazione lo proverà ad esuberanza.

10. Il concetto di « lavoro » per lo più è stato assunto dal punto di vista di chi lo pone in essere. Una definizione molto corrente è quella di « esercizio dell'attività umana » ¹⁾, definizione che si traduce (e non potrebbe essere diversamente) in una alliterazione, e che, vera se si considera a sè astrattamente il concetto di lavoro, non lo è interamente quando si prende in considerazione il lavoro destinato primariamente non a chi lo produce, ma ad altri ²⁾. Questo è il punto

¹⁾ Così quasi tutti gli scrittori, da LAMPERTICO, *Il Lavoro*, p. 2, a LEONE XIII, nella sua nota *Enciclica sulla questione sociale* (*Rerum novarum*).

²⁾ LENZI, *La teoria del fondo salari*, p. 2.

di vista comune anche alla concezione meccanica del lavoro ¹⁾. Per un esame delle principali definizioni che del lavoro furono date rinvio alla rassegna che ne ha fatto il Nitti ²⁾. La migliore definizione, per il Nitti, sarebbe quella di Mangoldt: « ogni sforzo fatto da un essere vivente in vista di un risultato ». Quella del Nitti stesso suona: « ogni energia umana impiegata in vista di uno scopo produttivo » ³⁾. Ma è una definizione che restringe la concezione del lavoro al campo puramente dell'indagine economica. E quindi anzitutto, dato il punto di vista giuridico che a noi interessa, non possiamo accogliere la limitazione al risultato produttivo ⁴⁾. E in secondo luogo dobbiamo escludere il lavoro produttivo che uno fa per conto proprio, ad es., per poi vendere i prodotti: qui vi ha compra-vendita, non contratto di lavoro.

Tutte queste definizioni concepiscono il lavoro come spiegamento di energie, come sforzo, attività ⁵⁾, distinguendo da tutto ciò il risultato a cui mercè questo sforzo chi l'impiega può arrivare. Ma nella dottrina non è sempre così. E vedremo più avanti quanta importanza abbia la considerazione del risultato, sia pure come sintesi della quantità più o meno predeterminabile di lavoro per arrivarvi. Ma anche indipendentemente da ciò, vi è in una piccola parte della dottrina la tendenza a vedere nel lavoro solo il risultato: ciò a torto. Anzi fondamentalmente è vero proprio il contrario ⁶⁾. Del resto è indubbiamente vero che il concetto del lavoro, come sforzo o movimento (secondo la definizione dei più), contiene come elemento essenziale anche il concetto di uno scopo estraneo, che è la meta cui lo sforzo o il

¹⁾ Cfr. COGNETTI DE MARTIIS, *La mano d'opera nel sistema economico*, in *Bibl. dell'Economista*, V, parte II, p. III seg.: effettuazione di un mutamento nella figura e nel moto di un sistema materiale, o (come si esprime il RICCI, *Il capitale*, p. 54, nota 1) « il prodotto numerico di una forza per uno spazio lungo il quale essa agisce ». Questo concetto ci è affatto estraneo.

²⁾ *Il lavoro*, in *Riforma Sociale*, 1895, p. 13. Le definizioni posteriori a questa data non fanno suppergiù che ripetere gli stessi concetti. D'altronde non è mio compito toccare questo argomento se non in quanto lo suggerisce l'importanza del trattamento giuridico. Pel concetto fisiologico di lavoro cfr. NITTI, op. cit., p. 15 seg.

³⁾ Op. cit., p. 8.

⁴⁾ Sul lavoro produttivo e improduttivo, cfr. appresso.

⁵⁾ Così LOTMAR, cit., I, 1. cit.: qualunque attività di un uomo che può soddisfare il bisogno di qualunque altra persona....

⁶⁾ Tant'è vero che il lavoro a cottimo non esclude interamente (tutt'altro!) la considerazione della quantità di lavoro per arrivare al risultato. In pratica l'operaio cottimista se ne preoccupa, sino a combattere con ogni forza il sistema dei cottimi, come poi vedremo. E però eccessivo dire, come fa l'IMBERT, *Recue d'écon. polit.*, 1909, p. 23, che sempre il lavoro sia variamente concepito dal padrone e dall'operaio: cioè dal padrone come numero degli oggetti fabbricati; dall'operaio come fatica per arrivare a fabbricarli.

movimento tendono: è solo con questa integrazione che abbiamo il lavoro nel senso che ci riguarda ¹⁾. Su questo elemento di scopo si veggia il paragrafo seguente.

Il lavoro è stato considerato anche da un altro punto di vista: cioè da quello di chi utilizza le energie di lavoro che altri spende per lui. Il Brentano ²⁾ parte dalla distinzione tra beni esterni e interni; tra beni interni diretti (uso godimento), e indiretti. Questi ultimi, rivolti a ottenere i mezzi pel soddisfacimento dei bisogni dell'uomo, costituiscono « l'energia di lavoro ». Ma essi costituiscono anche « l'uomo », perchè quella somma di energie afferra chi le produce nella sua integralità, nel suo essere fisico, come nell'intellettuale, e nel morale. L'energia di lavoro, conclude il Brentano, non è dunque che l'uomo stesso considerato in un particolar rapporto con sè stesso: cioè non scopo a sè stesso, com'è del bene interno diretto (godimento), ma mezzo a scopo esterno. Perciò il lavoro non è altro che ³⁾ « la utilizzazione » dell'uomo appunto in questo suo rapporto di mezzo a fine esterno.

È notevole qui come il Brentano concepisca il lavoro non già come produzione di energia, ma come rapporto tra chi utilizza le energie di uomo e quest'uomo stesso. Il comune concetto qui è invertito: la utilizzazione (*Nutzung*) è evidentemente un attributo, un fatto del destinatario delle energie, non del produttore di esse; di chi incardina in sè quello scopo esterno, non del lavoratore. « Lavoro » sarebbe insomma l'uso di un uomo (se mi si passa l'espressione), così come è vi è l'uso di una cosa. È un parallelo espresso, del resto, dallo stesso Brentano, con una proporzione: il lavoro sta all'energia di lavoro così come l'uso di un capitale (miniera, cavallo) sta al capitale.

Ora, questo concetto è molto sottile, e in un certo senso è anche accettabile: lo vedremo quando lumeggeremo il carattere locativo del contratto di lavoro. Ma, dato il punto di vista che qui ci interessa, evidentemente si allontana dal comune modo con cui si considera il « lavoro »; in cui siamo soliti vedere il dispiegamento di quelle energie di cui un'altra persona utilizzerà il risultato. Questo dispiegamento e l'utilizzazione che ne fa il destinatario formano due momenti differenti di un rapporto complesso, in cui può mancare il secondo, ma non il primo, senza che perciò si possa dire che manca il lavoro. Diversamente non sapremmo come spiegare certe situazioni giuridiche, come la mora del creditore, come altre ancora. Un operaio si vede rifiutato indebitamente il proprio lavoro: manca l'utilizzazione. Ma manca il lavoro? No certo; il risultato sarebbe assurdo giuridicamente.

¹⁾ Se lo scopo invece è nel movimento non vi ha più lavoro. Così il BÜCHER, *Arbeit und Rhythmus*, Leipzig, 1909, p. 2.

²⁾ *Zur Kritik der englischen Gewerkvereine*, p. 3-5.

³⁾ Op. cit., p. 5.

11. Il lavoro è definito per lo più come esercizio di attività, dispiegamento di energie (si intende per un dato fine, di cui noi per ora non ci occupiamo). Da ciò a ritenere che il lavoro implichi necessariamente uno sforzo, un uscire dallo stato di inerzia, uno stato dinamico di movimento il passo è molto breve. E questo passo è da molti fatto ¹⁾, ciò che par giustificato dall'esame delle manifestazioni più consuete del lavoro. A questo concetto non crediamo di poterci associare: soprattutto perchè è concetto troppo unilaterale, e, per di più, non vero neppure limitatamente al lavoro materiale.

Anzitutto quell'alterazione nell'ordine fisico o naturale che è conseguenza normalmente di uno sforzo, di un'azione positiva di un uomo, può talora essere prodotta naturalmente, però col concorso del non intervento inibitore dello sforzo positivo di un uomo. Abbiamo qui come condizione, per l'avverarsi di un'alterazione esterna a cui si unirà, l'« astensione ». A tutta prima però pare strano che ci si proponga la domanda: se l'« astensione » sia pur essa una forma di « lavoro ». La risposta più immediata è negativa: astensione è appunto la negazione di un lavoro, in quanto questo può essere dannoso alla naturale produzione dell'evento. Essa non è che un presupposto negativo: in realtà, si dice, l'evento è prodotto da cause naturali.

Si è opposto il caso di un operaio addetto alla sorveglianza del funzionamento di una macchina. Ma questo operaio esercita un'attività positiva! ²⁾. Quando non consiste in movimenti diretti a regolare, aiutare, ecc. il movimento della macchina, certo consisterà nello sforzo cerebrale assiduo, per seguirlo e vigilarlo. Tuttavia l'inibizione può anche essere per sè sola un lavoro, quindi oggetto di un contratto di lavoro, quando essa non si possa eventualmente ottenere se non mediante una reazione enérgica contro la volontà istintivamente portata

¹⁾ In senso contrario però il BRENTANO, come vedremo tra poco. A questo concetto si arriva tanto più agevolmente con coloro che vedono nel lavoro non la produzione di un risultato esterno, ma questo risultato: ad es. DANTEC, *L'egoïsme*, 1911, p. 34, definisce il lavoro « l'insieme delle modificazioni, qualunque esse siano, apportate dall'individuo nell'ambiente in cui vive ». Ora, l'astinenza da qualunque atto non è una « modificazione »! Su questa formula, che confonde causa ed effetto, si vedrà ancora a proposito della fondamentale distinzione tra lavoro autonomo (opera) e tecnicamente subordinato (opere). Il concetto di movimento è accolto dai più. Ad es. cfr. EISELL, in *Bibl. Econom.*, I, 5.º, p. 49: il lavoro si riduce a metter in movimento la materia.

²⁾ Cfr. NITTI, in *Riforma soc.*, 1895, p. 110: l'operaio che sorveglia e dirige la macchina lavora non meno duramente di Plauto girante con pena la macina del molino. È un lavoro intellettuale, che ha pure l'effetto esteriore, visibile e percepibile, richiesto dal CHERBULIEZ perchè il lavoro sia economicamente (e giuridicamente) rilevante. Cfr. CHERBULIEZ, in *Bibl. Econom.*, I, 10, p. 709, che pare metta in dubbio qui la cosa.

all'azione, cioè mediante uno sforzo molto notevole. Fisiologicamente è un lavoro, in tal caso; e lo è anche dal punto di vista economico-giuridico ¹⁾. Invece una prestazione negativa (obbligazioni negative) in cui lo sforzo sia minore non potrà mai costituire la prestazione fondamentale del contratto di lavoro.

Il Brentano, tuttavia, ha proposto, incidentalmente, un esempio abbastanza curioso ²⁾. Supponiamo una guardia ingaggiata da una famiglia a custodia notturna di una casa di campagna; e supponiamo che quella famiglia si accontenti della semplice presenza della guardia, da cui non si richieda quindi la continua, faticosa vigilanza; il compito suo sarà assolto anche dormendo tutta la notte. Abbiamo qui un contratto di lavoro?

Come si vede, ammesso un caso di questo genere, non vi è nessuna manifestazione positiva di attività verso uno scopo esterno. Anzi, volendo seguire la terminologia del Brentano, si può dire che vi è uno stato interno dell'uomo che appartiene alla categoria dei beni interni diretti (il godimento dato dal riposo). E probabilmente molti vorrebbero potere assolvere un debito di lavoro così comodamente! Invece pel Brentano non vi ha dubbio che anche questo sonno è energia di lavoro (bene interno indiretto) in questo caso, in cui esiste un contratto diretto appunto a porre quel sonno in rapporto collo scopo esterno (custodia della casa).

Naturalmente per ammettere questo preciso ordine di idee bisogna ritenere che pel « lavoro » non occorra uno sforzo, che indubbiamente non esiste nel sonno. Ed è quanto insegna appunto il Brentano, esplicitamente. Ma se non si vuol accogliere questo risultato, il dubbio rimane. A risolverlo bisognerebbe ritenere sufficiente la « possibilità di uno sforzo » per esaurire la prestazione tipica del contratto di lavoro. Certo a quella guardia lo stato inerte del sonno non è assicurato: può doverne uscire da un momento all'altro. Ed è anzi più pratico il foggiare quel caso in modo che non si possa neppur dire che manchi completamente lo sforzo: perchè la presenza di quella

¹⁾ Cfr. invece LIESSE, *Le travail*, p. 72.

²⁾ Op. cit., p. 5. Gli esempi si potrebbero moltiplicare. Così tra i professori d'orchestra assunti e pagati dalle imprese teatrali dei grandi teatri vi sono anche i sostituiti (e così anche tra i direttori d'orchestra) che non debbono far altro che tenersi pronti a sostituire i professori assunti e in attività di servizio. La stessa cosa si verifica (più raramente) per l'operaio pagato con mercede giornaliera, col'unica mansione di surrogare eventualmente l'operaio mancante. È un contratto di lavoro? Come si vede non si ha se non uno stato di cose che rende giuridicamente e di fatto possibile un immediato dispendio di attività, quando ne sorga il bisogno. Del resto non sempre il lavoro dell'operaio rappresenta un movimento: le funzioni di controllo, di sorveglianza lo escludono. E se proprio lavoro fosse movimento dovremmo soprattutto escludere il lavoro intellettuale.

guardia abbia una ragione pratica d'essere, bisogna ritenere che non possa conciliare quello stato assolutamente inerte col suo dovere di vigilanza.

Avremmo dunque quello stato di aspettativa di lavoro di chi, pur non producendo « lavoro effettivo » si mantiene tuttavia in istato di poterlo compiere al bisogno. L'Elster ¹⁾ sostiene l'equiparazione al « lavoro » di quella che egli chiama « *Arbeitsbereitschaft* », parola che si può tradurre con « stato di chi si tiene pronto al lavoro ». Ma non mi pare ammissibile che questa attitudine sia da paragonarsi, anzi da assimilarsi a una attitudine di lavoro. Chi attende di prestare il proprio lavoro, e si tiene a disposizione in realtà non lavora. Abbiamo dunque in questi casi (contrariamente a quanto opina il Brentano) non già un vero e proprio contratto di lavoro, ma un tipo di contratto a sè, che si può forse collocare tra i contratti preparatori del contratto di lavoro. La mercede qui non è retribuzione di lavoro compiuto, ma compenso per il fatto che colui cui è dovuta si tiene pronto ai cenni di chi ne può aver bisogno, rinunciando a un impiego stabile con altri. È un compenso-indennità, quale di regola non possiamo scorgere nella mercede corrispettiva di lavoro effettivamente prestato.

A tutta prima un esame superficiale può anche porre in dubbio se la prestazione della « custodia » cui è tenuto ad es. il depositario sia proprio una prestazione che includa il concetto del lavoro.

L'argomento comprende la locazione di opere come quella di opera: ma in quest'ultima ha un'importanza assai maggiore. *Custodia* è infatti l'obbligo del conservare, ed ha una ragione d'essere quando l'altra parte non è presente, e non possa da sè attendere a proteggere la cosa contro i danneggiamenti. E questa è la situazione infatti del conduttore d'opera che lavora da sè, per conto proprio. Ma se ne parla anche per la locazione d'opere, in cui, come vedremo, il contatto diretto tra le parti non include necessariamente che debba essere effettivamente continuo: il locatore d'opere può essere lasciato a sè, entro i limiti che gli siano stati tracciati. Così l'operaio riceve gli strumenti di lavoro dal principale nello stesso modo che il vettore riceve le cose da trasportare, il conduttore d'opera il materiale da elaborarsi, ecc.

Ma prescindendo da questi casi in cui la custodia figura più o meno come prestazione accessoria o laterale, può domandarsi se la custodia di cose altrui possa già per sè essere il principale contenuto della prestazione di lavoro. Il Dankwardt ²⁾ risponde affermativamente; il Polacco ³⁾ rifiuta però il concetto di *opus negativo*, che il Dankwardt

¹⁾ *Lexikon des Arbeitsvertrages*, 1910, p. 9.

²⁾ In IERING, *Jahrbuch für die Dogmatik ecc.*, XIV, pag. 375-376.

³⁾ *Appunti sulle locazioni*, IV, pag. 416.

crede possibile colla custodia. Anzitutto, dice il Polacco, la custodia è un *facere* continuato, e non vi è nulla di negativo: è un complesso di atti positivi intesi a tutelare la cosa altrui dai danni esteriori. Eppoi pel nostro codice l'obbligo della custodia è proprio del contratto di deposito (art. 1844, n. 2).

D'accordo col Polacco nel concepire la custodia come un *facere* — io credo invece che si possa fare la questione se il deposito remunerato non rientri sotto le grandi ali del contratto di lavoro. È un argomento su cui torneremo più diffusamente nel capo quarto, quando studieremo le analogie tra il contratto di lavoro, il mandato e il deposito. Limitiamo qui il problema alla custodia come forma di lavoro. Che una attività di lavoro vi sia, in quanto è intesa alla conservazione di una cosa e consta degli atti, delle cautele necessarie per raggiungere questo scopo, mi pare evidente e del resto lo stesso Polacco l'ammette ¹⁾. La prestazione della custodia che è contenuta nel contratto di deposito non è infatti una pura e semplice astensione ²⁾. Anzi, richiede una quantità di cautele dirette appunto alla conservazione della cosa: e la somma di queste cautele costituisce appunto un'esplorazione di attività, un « lavoro » ³⁾. Certo, anche qui non abbiamo la continuazione di questa attività, che per periodi di tempo più o meno notevoli può non manifestarsi. Qui sì che il concetto ora illustrato dell'« essere pronto al lavoro » può avere qualche importanza, in quanto riannoda le varie forme di attività positiva, colmando in certo modo gli intervalli, quasi a chiarire che quelle manifestazioni più o meno sporadiche rappresentano l'attuazione concreta di un dovere di attività cautelare che si deve ritenere costante. Perciò nulla di male a vedere nella prestazione cui è tenuto il depositario

¹⁾ Cfr. SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia*, p. 13 (Estr. dalla Riv. it. per le sc. giur.).

²⁾ I casi pratici in cui può sorgere dubbio in proposito all'estensione sono parecchi e non si limitano al deposito. Un esempio è quello della modella. È una prestazione di lavoro? Io credo di sì, e il ROSIN, *Arbeitsversicherung*, II, 45; il BAUM, *Das Recht d. Arbeitsvertrages*, p. 2; il LOTMAR, cit., I, p. 73, sono di questo avviso. Certo lo sforzo qui non è rilevante. Ma indubbiamente esiste; può occorrere un non irrilevante dispendio di energia muscolare e nervosa ad obbligare il corpo a quella immobilità e a quella posa che l'artista richiede. Non vi ha movimento, ma vi ha pur sempre lavoro. Quindi abbiamo anche qui un contratto di lavoro. E nello stesso senso e per la medesima ragione è lavoro quello del digiunatore di professione, benchè non vi sia movimento. E anche questa, in fondo, una forma di attività, perchè vi è uno sforzo costante (e magari penoso!) di autolimitazione, cioè di reazione attiva ed energica contro l'istinto. Concordo perciò col LOTMAR, op. cit., I, p. 73, nel senso che qui pure vi sia un contratto di lavoro.

³⁾ Cfr. in LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 287, citazioni dottrinali tendenti tutte a porre in essere come la custodia sia una prestazione positiva; non già come pura concessione di uno spazio, ma come attività. E del resto il § 354 del Codice comm. german. menziona la custodia tra gli esempi di gestione di affari o di servizi.

una forma di « lavoro »: cosa che già in diritto romano era riconosciuta, postochè (§ 13 Ist., III. 26) nei casi in cui senza mercede vi era contratto di mandato o di deposito, colla mercede vi era locazione.

La questione non è puramente teorica. Quando a questa prestazione corrisponda un compenso che rappresenti un corrispettivo, nessun dubbio che il contratto di deposito in tal caso è un'applicazione del tipo di negozio ampio di « contratto di lavoro » di cui ci occupiamo: perchè in un senso più lato, che sfugge alla nostra trattazione, anche il contratto di deposito gratuito viene ad essere un contratto che mira a una prestazione di lavoro. Ma in tal caso abbiamo in realtà non quel tipo di negozio ben definito di « contratto di lavoro » che rientra nella « locazione », ma un tipo di negozio giuridico a sè, ben determinato, e che è il « contratto di deposito ». A questo concetto allude chiaramente l'art. 1837 per cui « il deposito propriamente detto è un contratto essenzialmente gratuito ». Ciò è esatto; e perchè queste parole abbiano un valore, bisogna ritenere che dunque quando vi è « remunerazione » (art. 1844, n. 2) non vi sia più deposito « propriamente detto »; ma un tipo diverso di contratto, che ha tuttavia molti elementi comuni col vero contratto di deposito: primo dei quali la identità della prestazione fondamentale. Di questo problema, come ho detto, preferisco trattare appresso in connessione con quello del mandato, nei suoi rapporti col contratto di lavoro.

Altro caso pratico è quello del deposito nelle cassette-forti delle Banche; dove vi è però un altro elemento che intorbida la situazione: il godimento della cassetta. È evidente che, a voler prescindere dalle ulteriori peculiarità di questo caso, parrebbe di dover classificare questa prestazione di custodia nella categoria delle prestazioni di lavoro. Ma sarebbe una soluzione molto semplicista: ciò che vedremo meglio quando discuteremo dei rapporti del contratto di lavoro colla « locazione ».

12. Altro caso, che in sè non offre alcun rilevante interesse giuridico, ma che indirettamente può proiettar luce sul nostro argomento, è quello (di cui si occupano gli economisti) del risparmio. Parrebbe addirittura strano il sollevare sul serio il dubbio in proposito. Se vi ha esempio caratteristico di « astensione », questo è appunto il risparmio. Tuttavia non è mancato chi vi ha visto un « lavoro ». Ed aggiungo anzi che l'esempio sopra citato della modella può, almeno a tutta prima, venire in appoggio di questa teoria.

Il Weber infatti ¹⁾ allude (a proposito del concetto di lavoro) a « prestazioni passive » che sussisterebbero accanto alle prestazioni positive (il lavoro creatore), e sarebbero costituite dalle limitazioni

¹⁾ *Kampf zwischen Kapital und Arbeit*, 1910, n. 86.

di godimento e di consumo dei beni prodotti, allo scopo di formare il capitale ¹⁾, cioè dal risparmio, oltre alla assunzione del rischio del futuro-sviluppo economico. Ora (ed è questo cui volevo venire) questa astinenza, come auto-limitazione, sarebbe un lavoro, perchè costituirebbe uno « sforzo penoso dell'umana volontà »; uno « sforzo negativo, ma potente »; una « macerazione dolorosa ». Insomma il capitalista sarebbe un lavoratore che contribuisce con lavoro psichico ²⁾. Come vi ha lavoro intellettuale, perchè non anche psichico? L'uno e l'altro possono dare una utilità esterna: la formazione del capitale.

A questo concetto si oppone che il lavoro in senso giuridico è una attività che produce utilità ad altri; or come uno sforzo puramente psichico può arrivare a ciò, uscire dal campo chiuso della psiche di chi lo pone in essere? Quindi possiamo senz'altro escludere dal campo nostro questa forma di azione, che ha la sua talora grande importanza, ma ciò solo quando si proietti al di fuori accompagnando, guidando una attività muscolare o intellettuale, compenetrandosi con esse e rendendole più atte a produrre quell'effetto utile che il creditore del lavoro si aspetta; mi basta qui citare il lavoro del medico, dell'infermiere, dell'avvocato ³⁾.

Del resto, ripeto, il caso in sè del risparmio ne è una riprova: vi ha un lavoro psichico che si associa all'atto esteriore da cui si concreta il risparmio, questa prestazione passiva secondo il Weber da sè non potrebbe essere assunta in una prestazione contrattuale ⁴⁾. È poi da notare che l'intervento di terzi creerebbe il rapporto econo-

¹⁾ Nella mente del WEBER vi ha qui (come in altri casi da noi già prima citati) il concetto di una autolimitazione come dispiegamento di energie, come reazione attiva.

²⁾ (Cfr. in LORIA, *Analisi capitalistica*, I, p. 694-695; CHERBULIEZ, *Corso di Ec. pol.*, in *Bibl. Econ.*, I, 10, p. 954.

³⁾ Sostanzialmente col testo è pure il CONRAD, *Grundriss zum Studium d. politisch. Oekonomie*, 1910, I, p. 32. Questo elemento psichico ha una grande importanza quanto al rendimento del lavoro: l'industriale deve preoccuparsene; e gli studiosi recenti della psico-fisica del lavoro debbono studiarne d'avvicino l'influenza sul lavoro. Purtroppo in Italia questi studi e queste indagini non hanno quello sviluppo che pure, per la loro grande importanza, meriterebbero.

⁴⁾ Bisognerebbe supporre una ipotesi di risparmio a cui una persona sarebbe obbligata nell'interesse di un'altra persona, a cui profitto dovrebbe tornare il risultato di questa reazione attiva di autolimitazione. Non mi pare che valga la pena di fermarci gran che a ipotesi così lontane dalla realtà. Potrebbe essere il caso di un debitore che si obbligasse a risparmiare nell'interesse dei creditori, i quali lo compensassero con una diminuzione proporzionale dei debiti. Certo, ammesso un caso pratico possibile a me pare che nel risparmio uno sforzo di autolimitazione, e per giunta uno sforzo che può riuscir penoso, sussiste; sussiste cioè una forma di « lavoro ». Questo osservo contro il LORIA, che combatte il concetto di uno sforzo, con argomenti (p. 695) non tutti da un punto di vista giuridico persuasivi; adatti forse per un concetto più lato.

mico-giuridico del deposito del mutuo, ecc.; però il fatto del risparmio non penetrerebbe nell'ossatura di questi contratti, ma ne sarebbe un anteriore presupposto di fatto. Quest'osservazione toglie qui valore giuridico (giuridico, s'intende) a ulteriori argomenti del Weber. Il quale infatti — con una delle solite formole per metà giuridiche con cui gli economisti finiscono collo snaturare certi concetti fondamentali della tecnica giuridica — insiste nel trovare qui la mercede, che sarebbe data dall'interesse percepito dal risparmiante. Ma l'interesse non è conseguenza giuridica diretta del risparmio, ma dell'uso che i terzi facciano dei beni sottratti al consumo. Questo è vero anche economicamente ¹⁾. Su questo punto non occorre più insistere.

In conclusione: lavoro è attività; ma attività non è necessariamente movimento della persona o di parti della persona neppure limitatamente al lavoro manuale, che, vedemmo, non è sempre movimento. Attività è un dispiegamento di energia, uno sforzo anche inibitorio, una distensione di muscoli guidata dalla volontà per un fine esteriore ²⁾, che per noi, dal punto di vista del contratto di lavoro, è l'utilità di terzi (« per conto di terzi », art. 13 cit. testo unico Cassa Naz. di previdenza).

13. Quanto abbiamo detto or ora ci conduce a ricordare un problema che è stato trattato diffusamente dagli economisti, ma che pure merita di essere preso in considerazione anche dal giurista: se il lavoro si debba considerare come uno sforzo penoso. Il lavoro è una pena? In maggioranza gli economisti rispondono affermativamente. E, partendo dal concetto che abbiamo ora illustrato, questa pare una conseguenza abbastanza logica. Se il lavoro è dispiegamento di energie e rappresenta uno sforzo, pare che questo debba naturalmente costare della pena. Che il lavoro sia fatica è concetto infatti così comune che la grande maggioranza degli economisti nell'asserirlo non si è trovata a corto di argomenti. Dalla condanna pronunciata contro Adamo, per cui il lavoro assunse il carattere di una pena, sino al lavoro bene spesso estenuante degli operai nelle odierne officine, nessuna qualità sembra più intrinsecamente necessaria al lavoro di quella della penosità sua. E così (per tacere di molti) il Pantaleoni definisce il lavoro, ai sensi dell'economia « ogni sforzo penoso dell'uomo » ³⁾. Il Nitti osserva, a rincalzo, che tutti i popoli usano la stessa parola per indicare i due concetti di lavoro e pena ⁴⁾. Il Weber ⁵⁾ ricorda lo stesso

¹⁾ WEBER, op. cit., n. 112. Economicamente l'interesse è un compenso per servizio prestato dal capitalista; ora, il risparmio rende possibile il servizio, e da questo nasce l'interesse.

²⁾ Solo entro questi limiti si può ammettere col BAUM, *Des Recht d. Arbeitr-trages*, pag. 2, che il non movimento può esser lavoro. Cfr. LOTMAR, op. cit., I, p. 73.

³⁾ *Principi di economia pura*, Firenze, 1889, p. 126.

⁴⁾ *Il lavoro*, Torino, 1885, p. 12.

⁵⁾ *Kampf zwischen Kapital und Arbeit*, p. 90. Cfr. pure *Staatslexikon*, 1887,

concetto (πένος, *labor, labour, travail, robota*), parole tutte allusive anche alla pena, per concludere nello stesso senso. Aggiunge che oggi la penosità è aumentata; che essa è maggiore nel lavoro industriale che nell'agricolo, dove la vita è più sana, l'avvelenamento del sangue minore per la maggior quantità di ossigeno, maggiore l'attaccamento al suolo che non nell'operaio all'officina ¹).

Ora queste affermazioni così recise a tutta prima impressionano anche il giurista: se il « lavoro » come oggetto di un rapporto giuridico è per lo più (vedremo poi se ciò sia vero) la medesima cosa che il lavoro considerato dal punto di vista economico, pare logico che una divergenza tra i due angoli visuali da cui è considerato il medesimo fenomeno non ci debba assolutamente essere.

Invece è certo, a parer mio, che all'occhio del giurista la penosità non è un presupposto tipico del « lavoro » (che noi consideriamo solo come oggetto di un rapporto giuridico), quando la penosità si voglia ritrovare nella fatica. Vi sarà in molti, in moltissimi casi; ma non possiamo elevarlo a presupposto giuridico: la « gioia del lavoro », come dicono i tedeschi (*Arbeitsfreudigkeit*), è più frequente che non si creda. Come nota l'Herkner ²) non sono rari i casi di grande attaccamento al mestiere, di affetto alla macchina. Intanto la fatica è una conseguenza solo dell'eccesso di lavoro: ricordo la definizione di Lagrange ³), per cui la fatica è « diminuzione di potere funzionale degli organi, procurata da un eccesso di lavoro, e accompagnata da una sensazione caratteristica di malessere ». Del resto anche il Nitti ⁴) ammette che « il lavoro non è necessariamente una sensazione penosa; la fatica sempre ».

p. 248. Così anche il WAGNER, *Allg. der theoretische Volkswirtschaftslehre*, p. 10, che aggiunge però il lavoro, pur essendo pena, essere anche mezzo nobilitatore dell'uomo e la sua gioia. Sull'etimologia di « lavoro » dal punto di vista della pena, anche nelle lingue straniere, cfr. specialmente NITTI, op. cit., p. 10 e segg.

¹) Per il CONRAD, *Lohn und Rente*, Leipzig, 1909, p. 135, l'« atto » si trasforma in « prestazione » (il CONRAD allude qui certo all'elemento della coazione), solo quando a quella sia congiunto un sacrificio per parte dell'agente del suo benessere e della sua comodità: la pena del lavoro è il sacrificio col quale per mezzo dell'azione si ottiene il soddisfacimento dei bisogni. Concetto, veramente, troppo assoluto.

²) Nei *Schriften d. Vereins f. Socialpolitik*, 1912 (vol. 138) p. 133. È certo però che il canto spiegato dalle filatrici o dai lavoratori nei campi per rompere la monotonia del lavoro non denota sempre la gioia; bene spesso la cantilena è triste e nostalgica. Queste indagini di psicofisica del lavoro, altrove così progredite (per mezzo del fondatore, il Krapelin, e di Max Weber), da noi, come sopra ho ricordato, sono appena sul cominciare. Con noi anche il IAFFÈ, eod., p. 188.

³) *La fatigue et le repos*, 1912, p. 3.

⁴) Op. cit., p. 18. Nega il carattere di pena l'ELSTER, in *Lexikon des Arbeits*, p. 9: la fatica non è lavoro; quella può sopraggiungere in processo di tempo. NITTI, op. cit., p. 101 e segg.

Ma la penosità si vuol vedere, con una generalizzazione molto ampia, e a tutta prima seducente, nello stato psicologico che è conseguenza della pressione che la coazione al lavoro per altrui utilità ingenera in chi vi è sottoposto. In questo senso si suole differenziare il lavoro dal gioco. Certi atti che, compiuti per esclusiva utilità propria, e spontaneamente sono un gioco, un divertimento, un riposo, compiuti invece per utilità altrui, almeno primariamente, e quindi non spontaneamente, non sono più un divertimento, e ingenerano un senso di malessere. « Ballare, scrive il Gide ¹⁾, diverte, ma ballare per il pubblico non diverte affatto ». Da ciò la conclusione che « gli stessi atti, ossia i medesimi moti del corpo e della mente di un individuo possono essere un lavoro o un diletto: il criterio distintivo del lavoro unico e sufficiente è la penosità del medesimo » ²⁾.

Ora: di vero qui c'è la distinzione tra atti compiuti per l'esclusivo piacere proprio, ed atti che si compiono per l'utilità altrui, quindi dietro l'impulso del bisogno di un guadagno per sè: i primi spontanei, gli ultimi coatti. La distinzione riposa su un criterio differente da quello della penosità ³⁾, che è il criterio comunemente adottato dagli economisti. Si tratta non già di un criterio desunto da uno stato fisiologico che può esserci, ma può anche mancare ⁴⁾; ma da uno stato

¹⁾ *Principes d'économie politique*, p. 96. Questo è il concetto dominante nel campo economico; cfr. lo stesso NITTI, op. cit., p. 114; SUPINO, *Econ. polit.*, p. 44; MARLO, *Untersuchungen ueber die Organisation der Arbeit*, III, p. 9.

²⁾ NITTI, op. cit., p. 26. Cfr. pure LEROY-BEAULIEU, *Traité*, I, 145.

³⁾ Questo che diciamo del lavoro è vero anche per l'« arte », che non è se non una forma, un'applicazione del « lavoro ». Alcuni hanno messo l'arte insieme al gioco, ambedue contrapponendo al lavoro, che sarebbe un'attività per scopo economico. Il BÜCHER nel suo interessante studio sull'*Arbeit und Rhythmus*, p. 413 tende invece a fondere quelle tre forme di attività in un concetto unitario. In realtà gioco e arte sono forme di attività, che può essere destinata per altrui utilità (come si dichiara poi nel testo); questa è la sola vera distinzione. Il giocatore professionista di foot-ball, così come l'artista cui si commette un quadro, compiono un'attività di lavoro che interessa il nostro campo. Anche nel gioco e nell'arte vi può essere lo scopo economico: più esattamente in tal caso si discorre di lavoro, anzichè di gioco.

⁴⁾ Già il GENOVESI, *Ragione delle ricchezze*, in *Bibl. dell'Econom.*, I, 3.º, p. 298, generalizzava addirittura l'eliminazione della penosità per ciò che la fatica del lavoro è piacevole, è il « balsamo incontro alle noie della vita ». È forse da questo punto di vista che il POULETT SCROPE, in *Bibl. Econ.*, 5.º, p. 660, dice il lavoro più un piacere che una pena. Per l'EISELL (*cod.*, p. 522) non è nè un piacere nè un dolore. Del resto vi sono casi in cui la linea divisoria tra gioco e lavoro è così sottile, ridotta com'è al puro criterio della doverosità, da diventare quasi irrilevante. Sono questi i casi in cui, come osserva il MAJORANA, *Trattato di economia politica*, I, p. 345, i movimenti onde consta il lavoro sono assolutamente conformi all'inclinazione di chi li pone in essere. È difficile negare che il lavoro qui non possa diventare un piacere. Mi basta citare, per tutti, il caso delle comparse di cui si servono le grandi sartorie per lanciare i loro modelli; ecco per esempio un

psicologico, influente sulla volontà di chi lavora. Si risale ai « motivi psicologici » che determinano la volontà di chi decide di dispiegare una data quantità di energie.

Orbene, chi ciò decide può avere due obbiettivi dinnanzi a sè, a ognuno dei quali corrisponde un motivo psicologicamente influente sulla volontà. O si propone esclusivamente di divertirsi. O si propone di arrecare un vantaggio ad altri, per averne un compenso. O è il diletto, o è il bisogno.

Naturalmente che nel primo caso l'attività sia sviluppata in condizioni più favorevoli che nel secondo, la cosa va da sè: ma giuridicamente, se si vuol cercare un presupposto generale, ciò non ha influenza. Quello che importa si è che nel primo caso il lavoro ha una destinazione egoistica; nel secondo è destinato all'utilità di un'altra persona ¹): un lavoro utile (almeno potenzialmente) a terzi. Ecco quanto basta per definire il lavoro come oggetto del nostro contratto. Passeggiare, per sè solo, non è attività che possa essere contenuta nel contratto di lavoro, non perchè non sia penosa, ma perchè non ha scopo di utilità per altri. Il portalettere invece, che pure deve camminare, lo fa per un immediato scopo di utilità altrui, ed ecco un'attività che rientra nel contratto di lavoro. È per tal modo che si distingue il lavoro del dilettante dal lavoro professionale, giuridicamente. Certo, quei motivi influiscono solo sull'atteggiamento economico-giuridico del dispiegamento di energie. Ma una volta che questa influenza si sia esercitata provocando ad es. la formazione di un contratto di lavoro (lavoro compensato), si può ammettere col Lotmar ²) che a nulla rilevi il motivo che ha indotto a questa attività: se la coscienza del dovere o il gioco.

Però non bisogna d'altra parte esagerare. Sta bene che noi assumiamo in considerazione il lavoro come attività esercitata per il diritto utile altrui, non per il proprio piacere: appunto perchè non riteniamo che la distinzione tra gioco e lavoro abbia per elemento

avviso molto... suggestivo in quarta pagina. « Signorine sarte, modiste, slanciate, « eleganti, disposte visitare stazioni balneari, teatri, ritrovi mondani, cercate casa « parigina per lanciare nuova moda; conoscenza lingua francese apprezzata, non « indispensabile, spese pagate. Scrivere mandando fotografia e indicando statura « precisa ». Come si vede le esigenze circa le attitudini di lavoro non sono molte !

¹) Naturalmente che chi presta il lavoro in cuor suo lo faccia principalmente per l'utilità propria (pel guadagno, pel bisogno di vivere) è chiaro. Ma questo non è che il punto di vista (che ha tuttavia non poca importanza, come vedremo, giuridicamente) soggettivo al lavoratore: dal punto di vista contrattuale e cioè sintetizzante il connubio delle due posizioni economico-giuridiche il destinatario del lavoro è il creditore di esso.

²) Op. cit., p. 76. Il LOTMAR osserva che è lavoro anche quello di un fanciullo, che non sempre ha presente la doverosità del suo lavoro: ci può essere talora anche l'impulso del gioco. Naturalmente sarà tanto di guadagnato per il rendimento del lavoro: ma questo non cessa di essere tale, quando la coazione effettivamente sussista.

tipico discriminativo, da un punto di vista giuridico (e non solamente giuridico), la penosità del secondo. Ma è innegabile che il gioco è sempre un piacere per chi vi si abbandona; l'attività di lavoro per utilità altrui, appunto in ragione della coazione, « può » (si noti: è possibile, è probabile, ma non è elemento tipico) diventare penoso. Tuttavia l'ordine giuridico non interviene se non per quei casi in cui la penosità è più probabile e più intensa: non è una regola generale, come dovrebbe essere se la pena fosse elemento tipico e generale.

Perciò da un punto di vista generale possiamo accogliere il concetto del Marshall ⁴⁾ che definisce il lavoro « qualsiasi esercitazione della mente e del corpo impresa in vista di un bene diverso dal

Il rapporto tra gioco e lavoro è, anche giuridicamente, più importante che non si creda. In linea di massima dall'uno si passa all'altro con una grande facilità (DEPASSE, in *Riforma soc.*, 1908, pag. 207: il lavoro è figlio del gioco). Ma dove stia la linea divisoria non parve a tutta prima così facile a determinarsi: e si dovrebbe farlo per determinare il campo del contratto di lavoro. Ad es. secondo l'ufficio imperiale germanico di assicurazione un bimbo di anni 3 $\frac{1}{2}$ che aiuta il padre non lavora ma gioca: non lavora perchè non ne ha la coscienza. La cosa par così chiara da non doversi neppure discutere. Invece il BAUM, op. cit., p. 3, critica quell'opinione dal punto di vista giuridico del « lavoro ». Basta, per lui, il criterio oggettivo (dispiegamento di energie per un risultato utile ad altri), non occorre alcun elemento soggettivo, l'impulso che accompagna e determina il lavoro. In realtà io credo sempre che per esservi lavoro vi deve essere la coazione: questo è l'elemento che in pratica distingue il lavoro dal gioco. È provato che bimbi non ancora obbligati a frequentare le scuole prestano un lavoro senza sapere che è vero lavoro: dovremo perciò ritenere che la legge sul lavoro dei fanciulli non li contempla? Sarebbe enorme. E infatti questa legge fissa un limite di età al lavoro dei fanciulli unicamente per considerazioni fisiologiche (cfr. spec. art. 1 t. n. 1.º novembre 1907, quanto al limite di anni 15 per i lavori pericolosi ecc.), non già per il fatto che prima di quell'età manchi la coscienza della coazione al lavoro: vi sono fanciulli di otto o dieci anni che l'amara esperienza della vita ha reso psichicamente adulti prima del tempo. La legge non ritiene che i fanciulli, prima di una certa età possano essere assoggettati: assoggettati, si noti; è la coazione che soprattutto importa. Perchè quando essa sussiste al fanciullo non sarà più possibile di arrestare la sua attività nel punto da cui comincia la fatica, la pena, e questo è quanto la legge provvidamente (più o meno efficacemente, pur troppo!) intende evitare. Questo concetto a mio avviso risulta implicitamente dall'art. 3 regolam. detto testo unico (11 giugno 1909, n. 442), ove si discorre di fanciulli « addetti al lavoro ». Naturalmente se vi è gioco la cosa è diversa: la Cassazione francese, 25-III-04, nel *Bull. de l'inspect du travail*, p. 208, non vide, giustamente, una violazione della legge sul lavoro dei fanciulli, in un'ipotesi siffatta. Cfr. GERMAIN, cit., p. 100. Così pure va accettata quella coazione che è concessa alla patria potestà, nell'interesse del fanciullo. Qui non vi è gioco, ma neppure il lavoro quale interessa il contratto di lavoro. Infatti l'art. 1 legge franc. 2 nov. 1892 sottrae alla legge i lavori effettuati laddove non sono impiegati che i membri della famiglia sotto l'autorità del padre, della madre o del tutore, e sotto la loro direzione. E l'art. 2 regol. ital. cit., eccettua gli istituti in cui il lavoro dei fanciulli ha scopo prevalentemente pedagogico, o comunque non è una speculazione del creditore del lavoro.

⁴⁾ *Principles*, p. 134.

piacere derivato direttamente dall'opera ». Il piacere ci può essere, ma non è normalmente l'impulso e lo scopo primario: nulla di male quindi a rilevare (entro questo limite e in questo senso) il concetto del piacere nella definizione del lavoro. Non potrei quindi aderire all'osservazione critica del Cognetti de Martiis¹⁾ che vorrebbe totalmente escluso quel concetto. Invece il lavoro sia economico (preso in considerazione dall'economia politica), sia giuridico (come oggetto del contratto di lavoro) è quello che procura un'utilità a terzi, benchè anche questa formula non sia assolutamente precisa. Quello che importa dunque è lo scopo, quindi la coazione, che quello scopo salvaguarda, e che, come vedremo, è una caratteristica del contratto di lavoro²⁾; non già la penosità o il piacere. Tuttavia il piacere egoistico (gioco), o l'utilità puramente o prevalente di terzi (mandato, deposito), o l'utilità di terzi accompagnata dalla propria (contratto di lavoro) sono scopi differenti che influiscono sull'atteggiamento economico-giuridico di un complesso di atti che, a seconda di quegli impulsi, possono (senza oggettivamente mutare) avere varia struttura e varia disciplina giuridica.

Un'ultima obiezione ci si potrebbe infine opporre. Se il lavoro è prestato dietro compenso, ciò significa che il lavoro è penoso, e che la mercede costituisce un mezzo per reintegrare la lacuna creata dal penoso dispiegamento di energie. Questa obiezione, ch'io sappia, non è mai stata così esplicitamente formulata, ma si intravede tra le linee. Aggiungo a rincalzo l'argomento del Jevons³⁾: tant'è vero che vi è la legge economica del minimo mezzo. Da ciò adunque a erigere la penosità alla dignità di presupposto economico-giuridico del lavoro il passo è breve.

Veramente qui non possiamo anticipare una trattazione che faremo succintamente in altro luogo, allorquando esamineremo il concetto della mercede e la portata economico-giuridica dello scambio contenuto nel contratto di lavoro. Ma è verissimo che nello scambio abbiamo che ognuno dei permutanti tende a proporzionare con un proprio apprezzamento soggettivo la pena che gli deriva dalla privazione di una ricchezza che cede, o da un lavoro fatto per altri all'utile che dall'altro permutante può conseguire; quando i due apprezzamenti coincidano, allora si attua il baratto. Per conseguenza ognuno tende a fare il minor sacrificio possibile per ottenere il maggior possibile vantaggio, ed ecco la legge del minimo mezzo che è legge universale laddove si

¹⁾ *Biblioteca dell'economista*, III, 2, 256 seg. Del resto sostenendo che il lavoro penoso cessa dall'essere un lavoro economico, il JEVONS (cit. dal COGNETTI) attenua singolarmente il concetto di un lavoro necessariamente penoso!

²⁾ Cfr. su ciò più avanti, capo V, § 4.

³⁾ Cfr. COGNETTI DE MARTIIS, op. cit., p. 41.

sia di fronte all'*homo oeconomicus*, legge universale vera anche nel campo del diritto, dove potrei citare una folla di esempi che la comprovano: dalla commutatività dei contratti all'uso delle servitù, alla disciplina generale di certi istituti giuridici. Ma qui, si noti, abbiamo il concetto di quella pena che sussiste anche per il grosso industriale che promette una piccola partita di prodotti che egli fabbricherà appositamente, o pel celebre tenore che promette una romanza per un fonografo: forme anche queste di contratto di lavoro, e concetto molto astratto e relativo di pena che sarà naturalmente assai più intenso (soggettivamente) nel facchino che per molto minor mercede subirà una pena infinitamente maggiore.

Non è adunque di questa forma di pena che discorriamo, quando si parla di lavoro penoso: la pena nel senso che a noi interessa, cioè come fatica, non è che uno degli elementi che influiscono o possono influire sulla offerta del lavoro, quindi sul tasso della mercede: esso è un elemento variabile, con cui il tasso della mercede non ha una relazione di proporzione immediata, un elemento che può essere minimo pur elevatissima essendo la mercede. In fondo le parole pena o privazione o sacrificio di cui ci serviamo potrebbero, discorrendo dello scambio, e della legge edonistica succitata, essere eliminate di scorrendo più genericamente solo di proporzionamento o adattamento del mezzo al fine ¹⁾, al lume della legge generale regolatrice che è quella della domanda e dell'offerta. Bisogna anche por mente che se si scorge nella mercede, più che il sintomo, la misura della penosità, logicamente si dovrebbe ritenere non penoso il lavoro prestato a titolo gratuito: ciò che non è vero, pur essendo qui verosimile una penosità minore (cosicchè alcune leggi di tutela del lavoro, come vedremo, non si riferiscono ad esso).

Che la penosità non sia un presupposto giuridico del lavoro ²⁾ non toglie d'altra parte (come già abbiamo notato) che ne possa essere una qualità, contingente è vero, e perciò appunto neghiamo che sia un presupposto: ma una qualità che, avverandosi, o più esattamente ritenendosi astrattamente come sussistente per certe categorie di « lavoro », può assumere una vera e grande importanza giuridica, come motivo che determina l'intervento legislativo a tutela di chi presta il lavoro in condizioni da risentirne normalmente una pena. Un'applicazione evidente è l'intervento colla legge sul riposo festivo; e colle eventuali limitazioni di ore di lavoro che una legge possa contenere.

¹⁾ Da ciò deriva che è lavoro tanto quello del fuochista addetto ai forni per la produzione del gas, quanto quello assai meno penoso di una guardia daziaria, la cui attività non è continua. È un errore scorgere (come fu talora sostenuto) per quest'ultimo caso non già il lavoro, ma una « prestazione personale ».

²⁾ Cfr. il già cit. *Staatslexikon*, l. cit.

È la condizione di maggiore o minore penosità che regola questo intervento ¹⁾. Già notammo come essa sia maggiore nel lavoro industriale che nell'agricolo. E infatti — almeno sino ad oggi — il legislatore, salvo quella forma particolarmente penosa di lavoro che è il lavoro delle risaie, è intervenuto a tutelare specialmente il primo, e in esso soprattutto il lavoro gravoso che si svolge nelle miniere. Essa è maggiore per le persone fisicamente più deboli. Ed ecco l'intervento legislativo pel lavoro delle donne e dei fanciulli ²⁾. La penosità aumenta, e diminuisce quindi la gioia del lavorare ³⁾, quanto maggiore è l'indipendenza, l'autonomia di chi lo presta, perchè tanto più si avvicina agli atti compiuti spontaneamente, per utilità esclusivamente propria. Quindi l'intervento legislativo non sussiste per il lavoro prevalentemente intellettuale, benchè tecnicamente subordinato (locazione d'opere), perchè qui la subordinazione è meno rigida. E tanto meno (per il medesimo motivo) poi sussiste per il lavoro tecnicamente autonomo (locazione d'opera), anche se prevalentemente materiale e fisicamente estenuante: mi basti citare il lavoro a domicilio, che è un esempio molto calzante; e inoltre l'artigianato.

L'eventuale penosità del lavoro ha una ripercussione più o meno rilevante anche nel regolamento giuridico che le parti possono imprimere ai rapporti scaturiti dal contratto di lavoro. È certo che aumentando la penosità del lavoro, diminuisce quella che si è chiamata la gioia del lavoro, e diminuisce proporzionalmente anche il rendimento del lavoro. È nell'interesse quindi del creditore del lavoro di porre chi presta il lavoro in condizioni che gli abbiano a diminuire sempre più quel carattere penoso, che ad ogni modo difficilmente può (quando vi è) eliminarsi totalmente. Di qui atteggiamenti vari del rapporto giuridico in ordine all'ambiente di lavoro, agli istrumenti di lavoro; alle interruzioni del lavoro a scopo di riposo; di qui, quando il lavoro sia prestato da notevoli collettività di operai, i turni di lavoro, che però sono talora determinati anche da altre ragioni (così la necessità che non vi siano soluzioni di continuità nel lavoro, ad es. per l'accensione dei forni). A questo concetto si riconnette anche il trattamento giuridico del cosiddetto lavoro straordinario, od ore straordinarie di lavoro (fonte di tante controversie in pratica), a cui corrisponde un aumento di mercede, per la maggior penosità del lavoro.

14. Sia il lavoro per risultato materiale come i servigi possono consistere nella attuazione di energie di lavoro muscolare, quindi mate-

¹⁾ Degno di nota è specialmente l'art. 1 del T. U. sul lavoro delle donne e dei fanciulli, 1.º nov. 1907, che fissa l'età minima di 15 anni per i fanciulli, di 24 anni per le donne quanto ai lavori « pericolosi, troppo faticosi o insalubri ».

²⁾ Cfr. in genere HERKNER, *Ueber die Arbeitsfreude*.

³⁾ LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 74.

riale; oppure nell'attuazione di energie intellettive. Veramente non si dà mai il caso di un impiego di energie puramente muscolari o puramente intellettive ¹⁾. Sempre si dà, invece, una combinazione delle une e delle altre, ma in proporzione reciproca variabile ²⁾. Cioè si può avere la prevalenza del lavoro muscolare (come è, del resto, legislativamente ammesso coll'art. 13 del testo unico sulla Cassa nazionale di previdenza per la invalidità e vecchiaia degli operai, 30 maggio 1907: «...lavori prevalentemente manuali...»), o la prevalenza del lavoro intellettuale. Il facchino e lo sterratore impiegano a prevalenza lavoro muscolare, ma certo lo atteggianno variamente secondo criteri regolatori che esigono un sia pure minimo sforzo intellettuale ³⁾; e il musicista che deve scrivere un'opera deve pur tradurre sulla carta i segni che abbiano a eternare la propria ispirazione artistica.

I recenti progressi della tecnica industriale hanno su questo punto variamente reagito; con reazioni differenti, ma perciò appunto atte a provocare un certo equilibrio. Infatti, da un lato la divisione del lavoro ha condotto a una grande specializzazione che ha reso marcato e uniforme, quindi da questo lato diminuita l'intellettualità del lavoro, a differenza dall'antico sistema di lavoro, in cui la molteplicità delle mansioni e la necessità di seguire la produzione dal principio alla fine influirono notevolmente sull'intellettualità tecnica e artistica dei maestri e dei garzoni raccolti nelle corporazioni. D'altra parte, però,

¹⁾ Il MACLEOD, in *Bibliot. dell'Econom.*, III, 3, p. 725, esagera l'importanza del lavoro mentale sino a dire che lavoro significa esercizio della mente, comunque si manifesti: colle mani, colla favella.

²⁾ Il LEROY-BEAULIEU considera a torto gli operai come lavoratori puramente fisici; I, p. 152. Qualcuno, come LEO VOM BUCH, *Intensitat der Arbeit, Werk und Preis der Waaren*, Leipzig, cerca di concepire il lavoro dell'uomo da un punto di vista unilaterale, cioè esclusivamente meccanico, applicando a questo lavoro i principi senz'altro della meccanica. Che l'uomo sia una specie di macchina termodinamica può fino a un certo punto convenirsi. Ma questo concetto non va esagerato; è erroneo limitare il lavoro unilateralmente a questo concetto. Anche il LEXIS, negli *Jahrbücher* dello SCHMOLLER, 23.^o, p. 913, osserva giustamente che nel badilante accanto alla parte meccanica c'è una parte, sia pure minima, puramente razionale d'intelligenza che è propulsore del lavoro. Anzi si può dire che, col macchinismo, la parte razionale vada sempre più preponderando. La macchina ha diminuito (cfr. WEBER, *Kampf*, cit. p. 26) l'importanza del lavoro manuale: l'abilità manuale dei vecchi « maestri » si asserisce scomparsa. Esattamente, invece, il carattere solo di prevalente manualità è avvertito nella *Relazione ministeriale* al progetto di legge sul contratto di lavoro del 26 novembre 1902, p. 6.

³⁾ La concezione unilaterale del lavoro da questo punto di vista si ritrova, ad es., nella definizione che ne ha dato il SAY (*Traité*, I, cap. VII): l'azione continuata per ottenere uno dei prodotti industriali. Il curioso è che, come osserva anche il NITTI (*Il lavoro*, in *Riforma sociale*, 1895, p. 7), il SAY fu uno dei primi a rilevare il lavoro per ottenere prodotti immateriali. Ecco una definizione che rinnega la teoria!

L'aumentato impiego delle macchine ha dato un notevole incremento alla mentalità dell'operaio, diminuendone la parte puramente manuale. Parrebbe però che questo incremento non sia gran cosa; dall'inchiesta fatta dal Levenstein parrebbe risultare che ben poca cosa sia, accanto alle macchine, la vita del pensiero dell'operaio: salvo, si intende, la possibilità del pensiero non coordinato al lavoro, ma che è una sovrapposizione a questo, e non sempre uno svago ¹⁾.

Questa classificazione del lavoro è diversa da quella, che poi brevemente illustreremo, tra lavoro per risultato materiale e servizio; diversa in quanto si applica al lavoro che consiste nella « produzione » così come al servizio. È una classificazione certamente più palese per i servizi, in cui manca l'elemento della elaborazione di una materia prima, o di una cosa materiale. Qui si va dal facchino che trasporta una valigia, all'artista che canta sul palcoscenico, allo scrittore che si impegna a scrivere un romanzo, all'avvocato che dà un parere: e in questi ultimi esempi il lavoro puramente muscolare si può ridurre a un *minimum*, come è per le cosiddette professioni liberali (avvocati, medici, ecc.). Invece, trattandosi di un lavoro mirante alla produzione di un risultato materiale, lo sforzo muscolare ha sempre una parte più notevole: così è ad es. dello scultore, il quale, accanto ad un prevalente lavoro intellettuale e psichico ha pure un non indifferente sforzo muscolare.

Ad ogni modo quello che importa qui rilevare è che il lavoro può essere prevalentemente intellettuale anche se conduce a un risultato materiale ²⁾, e viceversa.

Oggi pressochè nessun Codice, che tratti, si intende, del contratto di lavoro nella sua più lata accezione e da un punto di vista generale, ricorda questa distinzione tra lavoro prevalentemente materiale o manuale, e quello prevalentemente intellettuale. Non i codici a tipo napoleonico; non quelli tedeschi. E l'Endemann ³⁾ trova perfettamente ragionevole questo silenzio. Ma, checchè se ne pensi in proposito, questo non toglie che tale distinzione ⁴⁾ abbia una non piccola impor-

¹⁾ LEVENSTEIN, *Die Arbeiterfrage*, Berlin, 1912, p. 102 seg. Se il lavoro è faticoso, tale vita di pensiero laterale al lavoro, ad esso estranea, è anche un nuovo tormento: tale la sintesi melanconica del LEVENSTEIN (p. 108): il quale conclude insistendo sulla grande importanza oggi di questa distinzione tra lavoro materiale ed elevato.

²⁾ Il Cod. portoghese fonde assieme le due categorie di lavoro, art. 1409. Invece il Cod. svizzero, che si preoccupa specialmente del lavoro materiale, all'art. 361 estende le norme del « contratto di lavoro » anche « ai contratti aventi per oggetto, verso un pagamento di onorario, prestazioni che richiedano una speciale cultura scientifica ed artistica ». Invece l'assimilazione è più giuridica nel Cod. civ. tedesco. Il Codice spagnolo, art. 1544 (uguale al nostro 1570), allude probabilmente alle due forme di lavoro coll'espressione « eseguire un lavoro o rendere un servizio ».

³⁾ In *Jahrbücher für Nationalökonomie*, 1890, p. 699.

⁴⁾ Il CLARK, *Principes d'économie*, 1911, p. 13 seg., pare riconosca una triplice

tanza giuridica: benchè sia minore pel diritto positivo attuale, che non lo sia stata in passato. Oggi (e la dimostrazione si svilupperà da quanto andremo poi dicendo) il nostro sistema giuridico tende a fondere le due categorie di lavoro accomunando ad esse la medesima rete giuridica di sicurezza, nelle sue linee generali (cioè il medesimo tipo di negozio): il contratto di lavoro. Ciò dipende da una eguale considerazione che si ha delle due categorie di lavoro.

Ma non fu sempre così. Questa distinzione di cui ci occupiamo ha dietro di sè una lunga storia, che rappresenta l'originaria elevazione di una barriera ritenuta insuperabile tra le due categorie di lavoro, fino a ricondurle a due tipi negoziali differenti; il successivo sgretolarsi di quella barriera; infine la sua scomparsa.

Scomparsa totale? Se intendiamo questa domanda col riferimento allo stato della dottrina e della giurisprudenza, la risposta non è affermativa. Un residuo, qualche eco dell'antica concezione differenziatrice noi troviamo sperduta qua e là nella dottrina (e lo vedremo più avanti, a proposito delle opere liberali e del mandato). Ma l'opinione di gran lunga prevalente si può dire oggi ormai sicura nel senso da noi sopra accolto, eliminante quella barriera che non si intendeva se non come un prodotto storico di ordinamenti economici che non sono più quelli in cui oggi ci troviamo.

15. La dimostrazione di questo assunto esigerebbe un'indagine storica molto minuta: la storia di questa differenza tra lavoro materiale e intellettuale in fondo non è che la storia del contratto di lavoro. Ora, questa non appartiene al campo a cui intendiamo limitare le nostre ricerche ¹⁾. Ci basti ricordare come in tempi molto remoti il lavoro era tenuto a vile, per ragioni varie; probabilmente la prima

classificazione, e cioè il lavoro « morale » accanto al muscolare e all'intellettuale. Cita come esempio della classificazione: a) fare un fossato, lavoro manuale; b) dar un parere giuridico, lavoro cerebrale; c) gerire la proprietà del proprietario assente, lavoro morale. Ma veramente qui vi è una miscela di lavoro muscolare e cerebrale variamente prevalenti, secondo i casi, e, per di più (ma non solamente qui!) l'elemento fiduciario, che a suo tempo vedremo compenetrare più o meno il rapporto scendente dal contratto di lavoro. Ad ogni modo da un punto di vista economico-giuridico questo lavoro « morale » non avrebbe, caso mai, importanza, per l'impossibilità che esso conduca a un risultato utile ad altri. Vi conduce solo se unito a un notevole sforzo muscolare o intellettuale.

¹⁾ Del resto una storia del lavoro fatta con intenti e metodi veramente moderni non esiste, benchè le monografie storiche sul lavoro siano abbastanza numerose. Ricorderò le opere del d'AYENEL, del BRISSON, del LEVASSEUR, del S. MARTIN, ecc. La storia del lavoro è difficile, perchè i lavoratori non ebbero capacità nè furono in condizioni di lasciar numerose tracce documentali, come avvenne invece, ad es., pei rapporti sulla terra (perciò tracce documentali vi hanno per il lavoro terriero). Del resto pel contratto di lavoro non occorre lo scritto (cfr. il CONRAD nei suoi *Jahrbücher*, I, p. 211-212) e il lavoro era tenuto in nessun conto: altre ragioni che giustificano la scarsità di indici esteriori pervenuti sino a noi.

che si affacciò dovette essere semplicemente la constatazione che il lavoro il più delle volte era una pena; la doveva essere specialmente nelle razze primitive in cui, a quanto pare, l'esuberanza dei beni naturali, e la limitatezza dei bisogni doveva fomentare la pigrizia ¹⁾. Perciò il lavoro era caricato sulle spalle degli individui inferiori, e tenuti più a vile (es. i prigionieri di guerra, le donne) ²⁾.

Il Bücher ³⁾, veramente, non è di quest'avviso, benchè le sue ragioni non siano interamente persuasive; non sarebbe stato l'*horror laboris*, che da principio determinò la scarsa considerazione in cui il lavoro era tenuto, ma la istintiva ripugnanza per ogni sforzo psichico (intellettuale o volitivo), non già la stanchezza muscolare.

Comunque è certo che la società si organizzò presto in base a una divisione di attribuzioni che lasciava il lavoro alle classi infime (e ciò diede impulso anche alla formazione di una classe di servi o schiavi), e alle classi superiori (i guerrieri, i sacerdoti) le mansioni direttive o ritenute più nobili ⁴⁾. Questa organizzazione sociale si proietta anche sull'organizzazione più strettamente giuridica del lavoro. Quella distinzione infatti si ripete anche quanto al rapporto giuridico che costringeva a dare le energie di lavoro nell'interesse altrui. Il processo logico qui è evidente. Non si concepiva lavoro retribuito se non dato da persone dei più bassi ceti sociali, questo lavoro, almeno in origine, dovette essere prevalentemente materiale; perciò sorse il concetto che non poteva essere retribuito se non il lavoro materiale (le *operae illiberales*), quale solo individui di classe servile (non liberi, considerati come *res quae utenda datur*) potevano dare. Poi la qualità servile di chi dava il proprio lavoro potè venir meno come presupposto, e si giunse così logicamente a comprendere nella *locatio operarum* (di cui sono così evidenti le affinità storiche colla *locatio rei*) solo le opere illiberali. Le opere liberali (prevalentemente intellettuali) non erano suscettibili di compenso che non poteva giuridicamente esser preteso. Poi potè, in Roma, essere preteso per via della *extraordinaria cognitio* ⁵⁾.

Così l'originario disprezzo per il lavoro, come lavoro per altri, e perciò retribuito, si condensò nel lavoro prevalentemente materiale. E si badi: in conformità all'originario sviluppo della *locatio operarum* dalla *locatio rei*, in base al carattere servile del lavoro materiale, quel

¹⁾ « *Paresse et sauvagerie sont synonymes* », LAFARGUE, *Le droit à la paresse*, Paris, 1883; FERRERO, in *Revue scientifique*, 1896, 231 seg.

²⁾ Infatti, come già s'è visto e dimostrò il NITTI, in *Riforma sociale*, 1895, p. 9, tutti i popoli ariani ebbero una parola sola per indicare il lavoro e la fatica o pena.

³⁾ *Arbeit und Rhythmus*, cit., p. 4.

⁵⁾ Del resto lo stato di guerra permanente in cui si trovavano le antiche tribù indicava la formazione dei guerrieri scelti tra i migliori.

⁴⁾ Cfr. su questo argomento ancora appr., n. 87.

disprezzo fu limitato al lavoro prestato in rapporto di subordinazione al creditore per cui il lavoro doveva essere fatto. Il lavoro tecnicamente subordinato ricorda il rapporto servile, e certo la subordinazione di cui nella *locatio operarum* dovette avere origine da quella che caratterizzava il rapporto tra il servo e il padrone.

La cosa muta completamente quanto al lavoro autonomo. Già qui l'origine servile non c'entra per nulla; la *locatio operis* è nata dagli appalti di opere o edifici pubblici: era l'attività indipendente e coesistente di chi sapeva da sè arrivare al fine che garantiva all'amministrazione censoria. L'indipendenza del lavoro la rendeva accessibile anche alle *artes*, non alle sole *operae* nel senso spregiativo in cui usa queste parole Cicerone ¹⁾.

Qui dunque anche il comune operaio si sentiva artefice, artista, agente colla propria testa e con propri criteri: « *universitas consumptionis ad eum pertinet* »; fr. 51 § 1 h. t. 19, 2. Logicamente si sarebbe potuto anche concepire che questa distinzione tra lavoro manuale e lavoro intellettuale si estendesse pure alla *locatio operis*: Poichè la erezione di un *opus*, come nota bene l'Endemann ²⁾, si poteva benissimo concepire come prestazione sia di lavoro vile, sia di lavoro più nobile. Le fonti tacciono. E bisogna indurre, come dicemmo, che l'attività del *conductor operis* non fosse reputata indegna di uomini liberi. L'Endemann osserva che alla indipendenza della posizione del *conductor operis* dovevasi aggiungere ancora il fatto che il *conductor* di solito impiegava servi o liberti alla erezione dell'*opus*; la parte materiale, vile, veniva riservata a persone pure di vil condizione. Cosicchè il *conductor* non si riservava che la parte direttiva, che è la parte più nobile. Il libero, il *civis* poteva dunque assumere impunemente la veste del *redemptor operis* e pretendere una retribuzione senza tema di ledere il decoro proprio del *civis*, di persona libera che godeva tutti i privilegi della casta libera dominatrice. Così è che nel fr. 5 § 2, 19, 5 si ritiene *factum locabile* il *pingere tabulas* ³⁾.

¹⁾ *De officiis*, I, p. 150.

²⁾ *Die rechtliche Behandlung der Arbeit*, cit., p. 653.

³⁾ È su questa differenza tra *locatio operarum* e *locatio operis* che il PERNICE intenderebbe risolvere la nota discrepanza tra il fr. 1, § 1, de *extr. cognit.*, 50, 13, che colloca i servizi di qualunque medico sotto l'egida della *extraordinaria cognitio*, e i fr. 7, § 8, fr. 8 pr., ad *l. aq.*, 9, 2 che ammettono anche l'*actio ex locato* contro il medico *servum imperite secare*. Il PERNICE ritiene che in quest'ultimo caso il servo medico sia medico specialista chiamato per una data malattia: allora si concepisce un *opus*, non delle *operae*, e si ammette che per questa professione liberale si possa dare il contratto di *locatio operis* (*Sav. Stift.*, VIII, p. 247, nota 6). Lo ZIMMERMANN, *Arch. für civ. Praxis*, 56.^o, pp. 223-224, crede invece che questa contraddizione sia inconciliabile.

Che questo sistema di cose oggi sia un vero anacronismo si induce anche dalla mancanza di un dualismo tra giurisdizione ordinaria e straordinaria. Una pallida

Il divario tra lavoro manuale e intellettuale perdura nella dottrina posteriore fino quasi ad oggi, dal punto di vista della struttura del rapporto giuridico. Solo si assegnò al lavoro materiale la locazione d'opere, all'intellettuale (opere liberali) il mandato. Vedremo più avanti che cosa si debba pensare oggi di questo concetto.

Intanto si può sin d'ora affermare che questo concetto rappresenta una mentalità in arretrato; la dottrina giuridica che ad esso aderisce non solo non ha precorso i tempi, ma non ha neppur capito l'innegabile evoluzione che trasformò la sostanza delle cose, quanto alla funzione e alla considerazione sociale del lavoro. È un fenomeno non nuovo, che si può solo spiegare coll'evidente, e per certi aspetti provvidenziale tendenza conservatrice del diritto, che però in questo caso, e lo dimostreremo, è vera miopia sociale e giuridica. Ad ogni modo quando taluni oggi invocano la nobiltà di questo concetto e la superiorità del genio romano sull'odierno affatto mercantile non si deve dimenticare che quella distinzione fu anche una conseguenza della distinzione degli uomini in *liberi* e *servi*; il contatto con questi e la filosofia stoica alimentarono singolarmente l'orgoglio romano che diceva opere non degne dei liberi quelle della mano, e riservate ai liberi quelle dello spirito.

Oggi le mutate condizioni sociali e la cresciuta importanza del lavoro in tutte le sue manifestazioni e la tendenza molto positiva e poco sentimentale di questo secolo ha dato un tracollo alla teoria romanistica, che rifiutava alla locazione di opere il lavoro elevato della intelligenza.

riproduzione dell'*actio extraordinaria* vi sarebbe, secondo il DANKWARDT (op. citata, pag. 312), nel caso di un medico chiamato da qualcuno al letto di un altro ammalato. Ottenuta la guarigione, il medico potrà agire per l'onorario contro l'ex-ammalato con un'azione che equivale alla *extraordinaria*. Ma pel diritto italiano, come pel diritto comune, qui non vi è neppure una pallidissima reminiscenza di un istituto processurale affatto romanistico. È certo che originariamente si partiva dal concetto che il lavoro è per sè cosa così nobile che sdegnava una retribuzione. Questo concetto consonò col grado di sviluppo dell'economia di quei tempi non potè durare neppure allora a lungo andare in questa sua forma assoluta. E così, mentre si riconosceva che la retribuzione abbassava il lavoratore, si ammise d'altra parte la possibilità di un *honorarium*. Era una scappatoia, se si vuole: ma a questo modo i giuristi romani credettero di poter conciliare il concetto fondamentale preso in prestito dalla filosofia greca coi bisogni della vita reale. Quali opere fossero liberali, quali illiberali, doveva certo variare secondo i luoghi, imperando qui un apprezzamento soggettivo che può mutare coi luoghi e coi tempi. ULPIANO ci dà nel fr. (*de extr. cogn.*, 50, 13) una lunga enumerazione, in cui troviamo i professori, *rhetores*, *grammatici*, *geometrae*, *medici*, *obstetrices*, *philosophi*, *librari*, *notarii*, *calculatores*, *tabularii*, *ludimagistri*, *comites*, *nutrices*, ecc. Del resto su questo argomento torneremo ancora più avanti (capo IV) a proposito delle opere liberali e del mandato.

Quali ragioni poi abbiano determinato il progressivo modificarsi di questo stato di cose e la lenta evoluzione del lavoro è abbastanza noto. Certo il primo e più poderoso impulso venne dal Cristianesimo ¹⁾. La Chiesa nobilitò efficacemente il lavoro; ligia al precetto evangelico « tu mangerai il pane col sudore della tua fronte » proclamò guadagno lecito solo quello ottenuto mercè il lavoro (quindi bandì le usure, creò la teoria del prezzo giusto, ecc.).

In seguito furono pure fattori efficaci le trasformazioni industriali o manifatturiere del lavoro agricolo ²⁾ e, secondo la classificazione del Cognetti, la esistenza del lavoro libero in contrasto col servile, l'abolizione della schiavitù, la partecipazione della classe lavoratrice al potere politico, la costituzione e lo sviluppo dei sodalizi operai, la sostituzione del regime automatico al manuale, l'introduzione del lavoro manuale nelle discipline pedagogiche ³⁾.

La grande industria ha infine contribuito potentemente, sebbene in modo indiretto, alla progressiva elevazione delle classi lavoratrici, e con ciò (le origini storiche lo dimostrano) anche del lavoro manuale. E oggi le classi più aristocratiche (specialmente fuori d'Italia) non isdegnano a ritornare al lavoro manuale; nessun seguito ha avuto nella dottrina l'affermazione del Troplong ⁴⁾ che « il senso morale indica che vi hanno tra le professioni ineguaglianze di merito e di onore ». Si può rispondere ⁵⁾ che « è tanto onorabile e meritevole l'uomo dei campi e dell'officina quanto il poeta, quando ad essi brilla nella fatica loro l'idea del dovere ». Tutti servono con eguale nobiltà la causa dell'umanità; e a questo proposito si dovrebbero avere presenti le auree parole di Mazzini ⁶⁾ nella sua nota allocuzione agli operai italiani con cui li esortava ad associarsi: « La parola operaio non ha per noi alcuna indicazione di classe nel significato comunemente annesso al vocabolo; non rappresenta inferiorità o superiorità della classe sociale; esprime un ramo di occupazione speciale, un genere di lavoro,

¹⁾ COGNETTI DE MARTIIS, *La mano d'opera*, in *Bibl. dell'Econom.*, V, 2, p. CVII e seg.

²⁾ Ad es. coll'inurbanamento dei villici in Firenze. TONIOLO, *Dei remoti fattori della potenza economica di Firenze nel Medio Evo*, 1882.

³⁾ Su tutto ciò cfr. lo stesso COGNETTI, p. CXIX e seg. È dunque dal Medio Evo che ci è venuto l'impulso primo all'elevazione del lavoro manuale, « da quel Medio Evo tenebroso che portò nei suoi fianchi tutta la civiltà nuova, e che aprì al mondo una bea più larga concezione della vita ». NITTI, in *Riforma sociale*, 1895, p. 14.

⁴⁾ *Mandat*, n. 183.

⁵⁾ Bozzo, in *Giurispr. Ital.*, 1905, IV, 302. Cfr. pure GROUSSIÉ, in PERREAU et GROUSSIÉ, *Contrat de trav.*, p. 69: la maggiore o minore onorabilità viene dall'individuo, non dal genere del lavoro, purchè lecito.

⁶⁾ *Scritti*, Milano, 1894, I, p. 319. Il MAZZINI aveva scritto altrove (*cod.*, p. 313) che la società non è se non una « associazione di lavoratori ».

un'applicazione determinata dell'attività umana, una certa funzione nella società e null'altro. Diciamo operaio come diciamo avvocato, mercante, chirurgo, ingegnere... ». Il grande agitatore si riferiva specialmente all'eguaglianza quanto ai diritti e ai doveri dei cittadini; ma il concetto si può generalizzare. Si può generalizzare, però, coll'avvertenza che tutto ciò si deve intendere nel senso di una elevazione del lavoro manuale, che volga per es. a renderlo sempre più intelligente, sempre più perfetto, in ispecie coll'incremento delle scuole professionali di cui l'Italia non è certo esuberante; non già nel senso di una depressione del lavoro intellettuale ¹).

E ancora un'altra avvertenza mi pare indispensabile. L'esaltazione di questa uguaglianza del lavoro nelle sue tante manifestazioni ha un carattere soprattutto dogmatico: rimane impregiudicata la questione se conviene che questa uguaglianza si proietti anche in una sintesi di formule legislative. Così, come s'è visto, ha fatto ad es. il codice civile tedesco, il quale, salvo quanto ai termini di disdetta (§§ 622, 627), non fa alcuna differenza, nella disciplina legislativa, tra lavoro elevato o umile. Invece il codice federale delle pubblicazioni ha cura di distinguere riferendo alcune norme a prestazione di lavoro prevalentemente materiale (es. art. 321, 322, 331, 333, ecc.): si può anzi asserire che il contratto di lavoro di cui al tit. X sia prevalentemente quello di lavoro manuale, benchè finisca con equiparare sostanzialmente le due categorie di lavoro. Fedele alla vecchia convinzione, che l'esperienza ha corroborato, che non convenga disciplinare con regole troppo minute il contratto di lavoro, io credo che salvo alcuni principi generali comuni da raccogliersi nel Codice, sia opportuno in leggi speciali che vogliano rispondere a bisogni pratici tener presente le varie categorie di lavoro, perchè diversamente, come osserva giustamente anche l'Adler ²), si corre il rischio che alcune norme abbiano

¹) Il lavoro intellettuale non è da tutti, perchè esige speciali attitudini e per lo più un notevole tirocinio. Perciò è più raro mentre, come poi avvertiamo, è esuberante sul mercato del lavoro il lavoro manuale. Da ciò un maggior pregio pel lavoro intellettuale, che non tocca però la sostanziale dignità delle due categorie di lavoro. Ed è quindi inopportuno o almeno male espresso il concetto della Cassaz. Roma, 1.º maggio 1908, *Riv. dir. comm.*, 1909, II, 402, che l'opera dell'avvocato « non si può assimilare a quella di un ordinario operaio o giornaliero senza offendere il decoro della professione e snaturare l'indole speciale di quei rapporti contrattuali..... ».

²) In *Archiv für Socialwissenschaft*, 1912, I, 707. Certo una distinzione tra lavoro manuale e intellettuale deve appoggiarsi a indici ben definiti esteriormente per evitare una disparità di applicazione. Può giovare a ciò la categoria stessa del lavoro (es. domestici, badilanti, facchini, fattorini, ecc.), e anche la misura della mercede, che è per lo più, come osserva l'ADLER, una proiezione della natura più o meno elevata del lavoro: non sempre però! Il § 36 della legge austriaca sugli agenti ausiliari di commercio, p. es. (16 gennaio 1910), vieta le clausole di concorrenza solo se la mercede alla fine del contratto non supera le 4000 corone.

ad adattarsi alla categoria del lavoro manuale e non a quella del lavoro intellettuale, o viceversa. L'Adler rileva anche un altro inconveniente, e cioè la scarsezza di norme coattive, che sarebbero maggiori se alcune norme si dirigessero esplicitamente alla tutela del lavoro manuale, e anche questo può essere vero. Ma bisogna osservare che una parte di queste norme potrà trovare posto a preferenza in leggi speciali e per le singole categorie di lavoro; qui le norme categoriche possono abbondare assai più che in una legge generale, cioè di diritto comune.

Frutto di questa progressiva elevazione del lavoro, e specialmente del lavoro materiale, è stata la tendenza oggi (tendenza che a suo luogo giustificheremo) ad ampliare il contenuto del contratto di lavoro, ammettendovi anche il lavoro prevalentemente intellettuale. Un tempo lo si distingueva, come s'è visto, da quello materiale anche quanto al rapporto giuridico. Oggi ancora non sono cancellate (neppure nelle nostre leggi) le vestigia di questa distinzione, frutto di concezioni ormai superate circa la dignità del lavoro. Ma insomma bisogna essere ciechi per negare che lo spirito nuovo dei tempi tende ormai a pervadere, col sussidio dei metodi di interpretazione storico-evolutiva, la nostra dottrina giuridica del lavoro.

Così adunque dopo una lunga e lenta evoluzione, la dignità nuova del lavoro materiale si è fatta strada nella coscienza comune sino a porlo (dal punto di vista giuridico) accanto¹⁾ al lavoro prevalentemente intellettuale nel medesimo tipo negoziale. Il codice nostro infatti non distingue: « fare una cosa » è locuzione generica che comprende tutta la gamma delle umane attività, dalla più nobile per l'intellettualità alla più umile. Nella giurisprudenza nostra questo concetto è espresso talora con chiarezza²⁾.

16. Ad ogni modo la nuova dignità del lavoro manuale nel senso di una elevazione di esso, non già (si badi) di una depressione del

¹⁾ Cfr. FILOMUSI-GUELFI, in *Foro ital.*, 1002, I, 55. È noto l'inno che TOLSTOI ha elevato al lavoro fisico (TOLSTOI, *Le travail*, Paris), ritenuto da lui l'attributo essenziale dell'uomo, il vero scopo della vita (vedi ivi prefazione, p. XXI); nel lavoro materiale l'uomo ricava la soddisfazione di ogni suo bisogno anche spirituale; ognuno deve vivere del lavoro delle sue mani. È la teoria (dal TOLSTOI stesso praticata) di cui faceva la chiave per risolvere la cosiddetta questione sociale; è il biblico « mangerai il pane col sudore della tua fronte » (op. cit., p. 12).

²⁾ App. Trani, 5 dicembre 1904, *Contr. lav.*, 1905, 316: l'art. 1627, comprende tanto il lavoro manuale che intellettuale. La Corte aggiunge: quantunque il legislatore parli di mercede, che è più propria ad indicare il compenso dell'opera manuale. Su che faccio tutte le mie riserve: mercede è espressione lata, come retribuzione, compenso. Cfr. pure App. Perugia, pure in *Contr. lav.*, 1905, 247. La stessa Corte di Perugia, 22 maggio 1909, *Foro*, 1909, 811, osserva come « ... ormai attenuata, per non dire vinta, la distinzione tra arti e arti, la locazione d'opera comprende tutta l'industria ed il lavoro manuale ed intellettuale dell'uomo nell'indefinibile varietà... ».

lavoro intellettuale, non toglie tuttavia che non solo in molte leggi sociali, cioè miranti alla tutela del lavoro, quella distinzione è rimasta ¹⁾, ma è probabilmente rimasta anche nel nostro Codice civile. Quanto a quest'ultimo vedremo a suo tempo, allorchè cercheremo di chiarire i rapporti che intercedono tra contratto di lavoro e mandato, come il mandato retribuito, sotto specie di contratto di lavoro, sia probabilmente da limitare al lavoro prevalentemente intellettuale, e il codice vi disciplini tale lavoro tutelandolo più efficacemente che non tuteli il lavoro materiale.

Per compenso a una collana di leggi sociali è affidata la tutela del lavoro prevalentemente muscolare, non dunque al diritto comune.

Che i compilatori delle leggi sociali protettive del lavoro fossero consapevoli di questa distribuzione di tutela ho i miei bravi dubbi: non mi ricordo, del resto, di aver trovato che l'osservazione ora fatta sia stata da altri già affacciata prima. Comunque è certo che il legislatore ha rivolto le sue cure a tutela esclusivamente del lavoro prevalentemente muscolare. Ed è chiaro il perchè: si è ritenuto che il lavoro preferibilmente meritevole di tutela fosse il lavoro materiale. Che questo sia ragionevole appare evidente. Già, come lo prova quanto s'è detto sin qui, questo è un intervento doveroso e provvidenziale, dopo il nulla che per esso si era fatto sin qui, e l'attenzione prodigata in ispecie (salvo qualche eccezione: come l'art. 1145, e certi privilegi) al lavoro prevalentemente intellettuale.

Si noti tuttavia che non è che lo sforzo muscolare esaurisca l'organismo colle tossine che avvelenano il sangue più rapidamente del lavoro intellettuale: la negativa pare ormai assodata. In realtà la stanchezza non proviene tanto dallo sforzo muscolare in sè quanto dallo sforzo intellettuale che l'accompagna sempre, in quantità variabilissima da un minimo ad un massimo. Tant'è vero che per diminuire la stanchezza occorre rendere metodico il lavoro (ciò che si riesce a ottenere dove maggiore è la divisione del lavoro, come nella grande industria) sino a rendere il lavoro quasi automatico, diminuendo sino a un minimo lo sforzo intellettuale: ciò naturalmente fin dove è possibile, perchè, sia pure in minimo grado, lo sforzo intellettuale non può mai mancare. È insomma la pratica, l'esercizio in un'arte manuale che fa diminuire la stanchezza. La ritmicità del movimento ha

¹⁾ Ciò prova l'erroneità dell'affermazione del DEUTSCH, *Qualifizierte Arbeit und Kapitalismus*, p. 11, che il lavoro muscolare e intellettuale siano categorie puramente tecniche, di cui solo la psico-fisiologia dovrebbe occuparsi, non il diritto e l'economia. È certo, ad ogni modo, che il diritto, il cui territorio è sotto qualche aspetto meno ampio, ma sotto altri più ampio dell'economia, può prendere in considerazione problemi di psico-fisiologia.

pure lo stesso scopo; è opportuna infatti ed è generale la divisione del lavoro in movimenti o periodi eguali e susseguentisi ¹⁾).

Ma indipendentemente dal maggior o minor grado di esaurimento dato dal lavoro muscolare in confronto coll'intellettuale, è un fatto già sopra avvertito che sul mercato del lavoro il lavoro prevalentemente muscolare è di gran lunga più abbondante dell'intellettuale ²⁾. Quindi i disagi prodotti dall'esuberanza dell'offerta sono assai più sensibili per il lavoro muscolare. A ciò si aggiunga che la scarsa intellettualità delle masse dei lavoratori materiali (e sopra abbiamo visto a che risultati abbia condotto l'inchiesta del Levenstein) ne diminuisce la vigoria sapiente e accorta ³⁾ nella resistenza agli industriali. Da tutto ciò la facilità del dominio per parte di chi arruola queste grandi masse lavoratrici ⁴⁾; e anche la minor facilità con cui il lavoro muscolare asurge giuridicamente alla dignità di lavoro tecnicamente autonomo, cioè alla struttura di locazione d'opera, anzichè d'opere ⁵⁾.

Da tutto ciò, dicevamo, nasce la necessità per il legislatore di intervenire preferibilmente a tutela del lavoro prevalentemente muscolare. E infatti il progetto di legge italiano sul contratto di lavoro presentato alla Camera il 26 novembre 1902 all'art. 1 limitava il contratto di lavoro oggetto di quel progetto di legge a « quello col quale un operaio o altro lavoratore manuale si obbliga al servizio, ecc... » ⁶⁾; come osserva la Relazione ministeriale il progetto di legge si restringe

¹⁾ È specialmente il BÜCHER a cui si deve lo studio di questo fenomeno così interessante della ritmicità del lavoro; ritmo che è accompagnato e segnato dalla nenia, o da melodie ripetentisi col movimento muscolare. Cfr. BÜCHER, op. cit., specialmente a pag. 23.

²⁾ ARTOM, in *Riforma sociale*, 1895, p. 651.

³⁾ Accorta anche nel senso che la resistenza deve essere contenuta in quei limiti prudenti in cui le reali condizioni dell'industria possono rendere più probabile il buon successo.

⁴⁾ L'ARTOM osserva che il lavoro intellettuale, anche non domandato, può accumularsi nelle opere dell'ingegno; un'autotrasformazione del lavoro in beni esterni. Anche questo è vero. Osservo però che giuridicamente qui non siamo più in campo di contratto di lavoro, ma di vendita.

⁵⁾ È un concetto che non va, però, esagerato, e che è più frequentemente vero per il lavoro qualificato (su ciò appresso). Ad ogni modo come « tendenza » è vero, malgrado concorrano elementi che sembrano doverla contraddire: così il fatto che il lavoro materiale richiede maggior copia di mezzi, strumenti di lavoro e capitali, che non (per lo più, ma non sempre) l'immateriale. Questo sostiene ad es. il CHERBULIEZ, op. cit., p. 758, ma, ripeto, neppur questo è vero in via assoluta. Intanto però è un fatto che pel lavoratore che impiega a preferenza i muscoli è più facile il contatto con istrumenti da lavoro o macchine, che per gli intellettuali. Ed ecco perchè la legge sugli infortuni tutela specialmente questa categoria di lavoro.

⁶⁾ È a notare che il progetto elaborato dalla Commissione costituita con decreto ministeriale 29 luglio 1901 all'art. 1 non faceva cenno che dei « lavoratori che prestano servizio nelle imprese agricole, industriali e commerciali ». Ora io so che la Commissione non intendeva estendere il progetto al lavoro intellettuale. Però si volle determinare più esattamente nella redazione ministeriale dell'art. 1 la portata del progetto.

a disciplinare quelle forme e quei rapporti contrattuali che non solo danno luogo a maggiori attriti e a più frequenti contese, ma che rispondono ai più sentiti bisogni economici, giuridici, sociali.

Però anche questo non è esatto in modo assoluto. È vero invece che quel progetto si riferiva solo prevalentemente al lavoro manuale. Perchè vi sono certe categorie ad es. di operai, cioè i capi-operai, che hanno mansioni quasi esclusivamente di direzione e vigilanza o controllo, cioè mansioni prevalentemente intellettuali, e a cui la relazione estendeva il progetto ¹⁾.

17. Naturalmente qui non discorriamo che di tendenze legislative. Perché se prendiamo ad esame per es. la legge sugli infortuni sul lavoro può essere posto in dubbio il suo esclusivo riferimento al lavoro prevalentemente muscolare. Secondo Part. 1 la legge citata si riferisce agli « operai » addetti alle industrie ivi elencate. Ora, nel concetto comune operaio sarebbe il lavoratore prevalentemente manuale addetto ad un'industria (è un concetto che esamineremo meglio più avanti). Ma Part. 2 riferisce la legge anche a chi « senza partecipare materialmente al lavoro soprintende al lavoro altrui... ». Il lavoro di sorveglianza e di controllo non è prevalentemente intellettuale? E sia pure una intellettualità di non grande levatura, data l'indole del lavoro cui si applica, sempre rinnovantesi in modo uniforme, e dato il limite del salario a sette lire giornaliere; ma è indubbio che il lavoro muscolare qui si riduce a poca cosa. Inoltre operaio è chiunque « è occupato nel lavoro fuori della propria abitazione ». Nessun accenno, qui, a una prevalente manualità; e quindi non è inconcepibile che si tratti di un lavoratore di cui, per la finezza estrema del lavoro, per il suo carattere artistico, ecc. sia prevalente lo sforzo psichico ²⁾.

Il vero è, dunque, che quanto alla legge degli infortuni ciò che importa è che il lavoro abbia anche una parte di esecuzione materiale, o muscolare, in occasione della quale si possa dare una causa violenta di infortunio. E questo è tutto. Evidentemente non c'era una ragione per trattar peggio il lavoro di maggior levatura intellettuale, benchè nella categoria sempre del lavoro operaio, quando anche per esso vi sia possibilità di rischi o infortuni. Ad ogni modo la necessità che il lavoratore da assicurare partecipi direttamente alla produzione riduce di molto, questo è vero, la categoria di lavoratori pre-

¹⁾ Però rimaneva sempre il dubbio dato dalla dizione dell'art. 1 (lavoratori manuali), che assolutamente non comprende i capi operai. Si sarebbe dovuto anche qui, come altrove in quel progetto, copiare la legge belga, che all'art. 1 aggiunge: « Les chefs-ouvriers et les contremaîtres sont compris parmi les ouvriers ».

²⁾ L'AGNELLI, nel suo *Commento alla legge sugli infortuni* (II ed.), n. 63, cita appunto il caso di un pittore di squisita abilità addetto ad es. in un cantiere navale.

valentemente intellettuali; e perciò anche di questa legge si può dire che essa tutela specialmente il lavoro materiale.

A differenza della legge sulla pignorabilità e sequestrabilità degli stipendi, ecc.¹⁾, è invece evidente il riferimento del testo unico sul lavoro delle donne e dei fanciulli al lavoro prevalentemente materiale²⁾; la legge non lo dice esplicitamente, facendone un chiaro presupposto per la applicazione, ma lo dice il regolamento (14 giugno 1909, n. 442), che all'art. 2 ritiene opificio industriale o laboratorio « ogni luogo ove si compiano... lavori manuali... »; e inoltre è evidente che il lavoro di fanciulli e di fanciulle al di sotto dei limiti di età legali e delle donne nei lavori sotterranei o nei lavori notturni non può che essere prevalentemente materiale³⁾. Invece non è escluso che il lavoro delle puerpere (art. 6) possa anche essere prevalentemente intellettuale; il caso però, in pratica, difficilmente si verifica. Lo stesso è perciò a osservare quanto all'istituzione di una Cassa di Maternità⁴⁾. Invece per il testo unico della legge sulla Cassa nazionale di previdenza per la invalidità e la vecchiaia i benefici sono limitati agli operai « ...che in generale attendono a lavori prevalentemente manuali... »⁵⁾. Il lavoro di panificazione di cui all'art. 1 capoverso della legge che abolisce il lavoro notturno⁶⁾ è evidentemente in prevalenza manuale. La legge sul riposo settimanale tutela tutte le « persone... comunque occupate nelle aziende... »⁷⁾, ivi comprese quindi anche quelle a lavoro prevalentemente intellettuale. Ma è chiaro che queste costituiscano di gran lunga la minoranza. Infine il lavoro delle risaie è esclusivamente manuale⁸⁾.

E non è solo quanto all'intervento della legislazione sociale che rimane oggi la necessità di distinguere tra le due forme di lavoro. Man mano progrediremo nella trattazione di questo contratto ci imbatte-remo talvolta in differenze di atteggiamento non tanto dei principi⁹⁾

¹⁾ Legge 2 luglio 1908, n. 335. Questa si applica in genere ai funzionari delle amministrazioni pubbliche e agli impiegati; ai salariati dello Stato (operai) provvede la legge 13 luglio 1910, n. 414. Su queste distinzioni appresso.

²⁾ Come si rileva dal contesto della legge, testo un. 1.º nov. 1907.

³⁾ Qualche caso è stato ritenuto dubbio: ad es. quello delle dattilografe; per il quale però prevale l'opinione, a mio avviso discutibile, della prevalente intellettualità, quindi della non applicazione della legge.

⁴⁾ Che l'art. 1 limita alle operaie contemplate dalla legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli. Legge 17 luglio 1910, n. 520.

⁵⁾ Testo unico 30 maggio 1907, n. 376, art. 13.

⁶⁾ Cfr. art. 1 di questa legge, 22 marzo 1908, n. 105.

⁷⁾ Art. 1, legge 7 luglio 1907, n. 489.

⁸⁾ Legge 16 giugno 1907, n. 327.

⁹⁾ Una differenza fondamentale di principi, a quanto pare, ha voluto stabilire il Codice civile del Chili, che limita la locazione di opere al lavoro materiale applicando all'immateriale (cita ad es. un lavoro letterario, e, chissà perchè, anche

quanto della applicazione di taluni di essi, derivante appunto dalla diversa natura prevalentemente materiale o prevalentemente intellettuale della prestazione di lavoro ¹⁾. Anche in questa differenziazione, ad ogni modo, non bisogna esagerare. Pare impossibile, ma è un fatto che in certi ambienti sociali si tende oggi ad esagerare il processo evolutivo che ha dato al lavoro materiale la dignità che gli compete sino ad andare oltre questo processo di parificazione, rinnegandolo, ma non già per tornare al passato, ma per assegnare al lavoro intellettuale una disciplina giuridica ispirata alla diffidenza. Per es. è noto che l'unificazione, sotto questo aspetto, del tipo « contratto di lavoro » alle due forme di lavoro, nel codice civile tedesco non fu certamente dovuta ai partiti estremi rappresentati nel Reichstag. Così i socialisti nel Reichstag (quando fu discusso il progetto del codice civile) rigettarono con disdegno la parificazione del lavoro materiale all'intellettuale, sostenendo ad es. che pel primo la remunerazione doveva essere concessa sempre, pel secondo solo se il risultato era utile (come per il codice portoghese). Il Reichstag non convenne in ciò e proclamò l'eguaglianza delle due forme di lavoro agli effetti giuridici. Ed è pure interessante notare come anche nell'ambito del lavoro prevalentemente materiale i deputati socialisti volessero distinguere a tutto profitto degli operai industriali. Infatti i socialisti volevano che si distinguesse il « contratto di servizi » (*Dienstvertrag*), e il « contratto di lavoro » (*Arbeitsvertrag*), limitando il primo al lavoro domestico, il secondo al lavoro manuale, con disciplina più larga per questo secondo ²⁾.

18. Più il lavoro è complesso, e accentuata è perciò la necessità di uno sforzo anche cerebrale, maggiore è quindi il bisogno per il lavoratore di un tirocinio per apprendere la forma di attività cui intende consacrarsi. Ciò ha un riverbero per tutte le forme di lavoro: dalle più squisitamente intellettuali — in cui quindi la preparazione è più importante e sviluppata (Università, Accademie, Conservatori) — a quelle che si svolgono nell'officina (scuole professionali per l'insegnamento tecnico o industriale; in Italia purtroppo, come ho già rilevato, non ben coltivato come pure dovrebbe) ³⁾.

le correzioni tipografiche) le regole dell'appalto. RAOUL DE LA GRASSERIE, *Code civil chilien*, p. 99.

¹⁾ Così ad es. cfr. cod. civ. germ., §§ 618, 622, 627.

²⁾ Cfr. *Code civil allemand traduit et annoté par Bufnoir, etc.* (1906), III, p. 133.

³⁾ È certo però che il lavoro intellettuale è suscettibile di qualificazione, e quindi di gradazioni, assai più che non il muscolare (DEUTSCH, *Qualifizierte Arbeit und Kapitalismus*, cit., p. 12), che non può evolversi se non fino a un certo punto. Questa è certo una delle ragioni fondamentali per cui ad es. l'insegnamento professionale è assai più curato per il lavoro intellettuale che per quello prevalentemente muscolare.

L'importanza di questa preparazione graduale — che del resto non ha per noi un diretto interesse — si rileva pensando che tanto maggiore è il rendimento del lavoro quanto più si accentua e progredisce l'elemento razionale o intellettuale sullo sforzo puramente muscolare. Questa osservazione è vera ¹⁾, ma in pratica subisce il correttivo dell'automatismo, che è bene spesso una conseguenza della divisione del lavoro, e che, come s'è visto, per sè sembra diminuire l'intervento intellettuale.

La rilevanza giuridica di questa distinzione ²⁾ non è piccola ³⁾. Infatti questa distinzione ha importanza in base alla natura varia delle prestazioni di lavoro, a seconda della maggiore o minore prevalenza dell'elemento intellettuale, laddove vi sia una collettività di lavoratori la cui attività abbia destinazione univoca (operai di uno stabilimento, impiegati di una grossa ditta, o di un'importante amministrazione). Fu notato ⁴⁾ con ragione che oggi non esiste più « il lavoratore » in genere, ma più classi, riducibili almeno a due, di lavoratori: quelli abili, e quelli non abili, non evoluti. Ne consegue la impossibilità di un ordinamento giuridico-tecnico unico e indistinto del lavoro. In tal caso si crea (in base alla divisione del lavoro) una quantità di categorie di lavoro ⁵⁾ ascendenti nella loro importanza in ragione diretta dell'importanza dell'elemento intellettuale. Abbiamo

¹⁾ Tanto che con qualche esagerazione il COGNETTI DE MARTIIS, cit. *Bibl. Econom.*, V, 2, p. XLII, ritiene rilevante la distinzione tra lavoro mentale e fisico solo perchè l'efficacia del lavoro è in ragione diretta della prevalenza dell'elemento psichico. In realtà, come si rileva dal testo, l'importanza economica e giuridica di questa distinzione non è qui tutta.

²⁾ Gli scrittori tedeschi collocano tra i qualificati e i non qualificati una categoria intermedia: gli « *angelernte* » (i scelti, i meglio riusciti), a cui non occorre un tirocinio e l'istruzione professionale, ma che acquistano colla pratica una particolare sveltezza di mano che, col cottimo, li avvicina ai qualificati; o che hanno doti spiccate di intelligenza, carattere e volontà. Cfr. HERKNER, in *Schriften d. Vereins f. Socialpolitik*, 1912, (138.^o), p. 129-130.

³⁾ Per il DEUTSCH, op. cit., p. 9, è anche la classificazione economicamente più importante del lavoro, mentre lo è assai meno quella di lavoro muscolare o intellettuale, che sono categorie tecniche, non economiche (p. 11). Cfr. già sopra in proposito.

⁴⁾ TILLE, in *Schriften d. Vereins f. Socialpolitik*, 116.^o, p. 207.

⁵⁾ Per la ragione sopra ricordata è nel lavoro prevalentemente intellettuale che si formano le più numerose categorie di lavoro successive: il lavoro intellettuale qualificato differisce dal semplice, assai più che il lavoro materiale qualificato dal semplice (DEUTSCH, op. l. cit.); col primo si possono ottenere dal lavoratore molto qualificato assai migliori condizioni di lavoro che col secondo. Ecco perchè la legislazione sociale si occupa a preferenza del lavoro meno qualificabile, che è il muscolare, come sopra già osservammo. Il lavoro qualificato deve recuperare le maggiori spese di istruzione ed è più raro: di qui la sua forza (DEUTSCH, cit., p. 20), e la necessità dell'istruzione professionale.

insomma la qualificazione del personale, che dà luogo alla formazione giuridicamente importante dei ruoli organici, che a suo tempo esamineremo ¹⁾).

Inoltre maggiore è la necessità dello sforzo cerebrale, maggiore quindi la dignità e l'importanza economica del lavoro, che diventa per tal modo « lavoro regolatore o prevalentemente direttivo » ²⁾, e maggiori sono i presupposti di idoneità, di capacità tecnica che sono richiesti per la stipulazione del contratto di lavoro, per le promozioni da una categoria inferiore a una superiore, come a suo tempo vedremo (esami, diplomi; gli stessi criteri dell'anzianità e della scelta in realtà si rianodano al medesimo concetto).

Altra conseguenza giuridica degna di rilievo è la assai maggior facilità di coesione, di organizzazione sindacale tra lavoratori prevalentemente materiali, che tra quelli nel cui lavoro tende a predominare l'elemento intellettuale ³⁾.

¹⁾ La varietà delle categorie porterà per necessaria conseguenza la designazione di ognuna con un nome che ne indichi la natura delle attribuzioni. Su questa qualificazione del personale si vedrà più avanti. Cfr. PORRO, in *Monit. Tribun.*, 1900, n. 4. A questa distinzione di categorie corrisponde una differenza nel tasso della mercede (più elevata per le categorie superiori; cfr. nota preced.). È però a notare in via generale l'influenza grande che nella determinazione del tasso delle mercedi esercitano le più basse mercedi del lavoro non qualificato. È quest'ultimo che suole essere preso come punto di partenza nella fissazione per legge del salario normale. Cfr. *Revue d'econ. polit.*, 1913, 756-757.

²⁾ Cfr. COGNETTI DE MARTIIS, op. cit., p. XLIII, che contrappone questo lavoro a quello muscolare, che sarebbe « lavoro operativo », o, come la chiama il COGNETTI, mano d'opera. Una conseguenza giuridica di questa distinzione, che già abbiamo visto, è anche la maggior facilità per il lavoro prevalentemente o notevolmente intellettuale di diventare lavoro autonomo (cioè costretto dal vincolo della locazione d'opera). Non è criterio assoluto, questo: mi basti citare il lavoro a domicilio da una parte, e certi elevatissimi impieghi dall'altra!; il primo è lavoro autonomo, e questi ultimi no (es. il direttore di una Banca). Ma è un criterio che rappresenta una tendenza. Dove maggiore è l'intelligenza, maggiore è la possibilità di una assunzione dei rischi del lavoro che il lavoratore da sé deve dirigere.

³⁾ Maggior facilità che a sua volta è paralizzata, in parte, dalla assai maggior facilità di sostituzione (che i scioperanti chiamano « krumiraggio ») tra lavoratori della prima specie, appunto perchè non è qui così necessaria la preparazione tecnica. Più difficile è perciò il monopolio sindacale, che vedremo essere condizione precipua per l'efficace azione delle organizzazioni professionali, così come dei sindacati di produzione.

§ 2. — *L'utilità del lavoro.*

SOMMARIO. — 19. Il lavoro di cui nel contratto di lavoro deve essere utile ad altri. — 20. Obbiezioni e critiche a questo requisito del lavoro contrattuale. Se il lavoro debba essere precisamente utile per il creditore. — 21. Utilità della prestazione destinata a persone diverse dal creditore del lavoro. Il contratto di lavoro e la stipulazione a favore di terzo. — 22. In specie il contratto di trasporto. Atteggiamenti peculiari che qui e in casi analoghi assume il contratto di lavoro. — 23. Il lavoro per altri e il punto di vista soggettivo di chi lo pone in essere. — 24. La recente teoria dello Chatelain presupponente la fondamentale appartenenza al lavoratore della proprietà sul plusvalore da esso recato alla materia prima. Sua confutazione. — 25. Efficacia disciplinatrice del contratto. — 26. Risultato pratico della teoria dello Chatelain o conclusione. La struttura economico-giuridica dell'odierno contratto di lavoro. — 27. Applicazioni pratiche del principio dell'alienità del risultato del lavoro. Le invenzioni fatte dal lavoratore ad occasione del lavoro. — 28. La proprietà letteraria dell'articolo inserito sul giornale, e la proprietà del giornale. — 29. La patrimonialità della prestazione del lavoro e la non necessaria patrimonialità dell'interesse del creditore del lavoro. — 30. È sufficiente che la prestazione di lavoro soddisfi il bisogno normale (utilità normale). — 31. Il concetto della rappresentanza nel definire la deviazione di utilità dal lavoratore ad altri. — 32. Lavoro produttivo e improduttivo. — 33. Il lavoro per risultato materiale, e quello che perviene a risultato immateriale (servizio).

19. Si suole affermare che la prestazione di lavoro deve essere utile per il creditore del lavoro, per il contraente a cui è destinata. Nella definizione del contratto di lavoro questo concetto fa più o meno sempre capolino, in specie negli scritti di carattere puramente economico.

Che di questa asserzione la parte sostanziale sia rispondente al vero non vi ha dubbio. È certo che bisogna differenziare il lavoro che uno fa per conto e per utile proprio esclusivo dal lavoro che una persona fa per l'utilità di altri. Nel secondo caso solamente, quando vi sia un'altra persona che desidera per sè la prestazione di lavoro ¹⁾, abbiamo la necessità di un contratto che devii ²⁾ la destinazione della

¹⁾ CONRAD, *Lohn und Rente* (Leipzig, 1909), p. 136.

²⁾ Deviazione, perchè la destinazione più naturale e primordiale del lavoro è il soddisfacimento del bisogno di chi lavora. Nella storia economica, come la permuta dovette essere un fatto posteriore all'accaparramento personale dei beni per i propri scopi edonistici, così anche il lavoro per utilità primaria altrui dovette essere un fatto successivo, non primario. Cfr. LEROY-BEAULIEU, *Traité* (1910), II, p. 218-219. Ma il lavoro per altri dovette affacciarsi subito, quando l'individuo non si sentì abile alla elaborazione necessaria a trasformare la materia prima, o, prima ancora, a ottenere questa materia. Naturalmente non diciamo con ciò che l'individuo si sia assicurato questo lavoro altrui nella forma giuridica di un contratto: la coazione fu data dalla famiglia, dalla schiavitù. Comunque, oggi ancora sussiste, e largamente, il lavoro individuale. Ma non interessa il legislatore, neppure

prestazione di lavoro da chi la pone in essere a una persona diversa ¹⁾; è solo in questo caso che si può normalmente discorrere di un obbligo di fare, non potendosi concepire di regola un obbligo di fare per sè, per esclusiva o primaria propria utilità: salvo quando intervenga nel diritto privato la patria potestà, e salvo qualche caso non molto differente nel diritto pubblico (quando cioè lo Stato si sostituisce alla poco vigile patria potestà: la vaccinazione, l'obbligo scolastico). Ad ogni modo ho detto « normalmente »: più avanti vedremo che può sussistere la destinazione del lavoro all'utilità altrui, può sussistere il contratto che ve l'ha impressa, ma senza che quella destinazione sia garantita da un obbligo di porre in essere quell'attività ²⁾.

Il primo caso, invece (il lavoro fatto per conto proprio), ci si presenta quando la cosa da cui il lavoratore ricava il prodotto (es. la terra, le mandrie) appartiene ad altri: abbiamo allora la locazione di cosa. Il lavoro c'è qui come nel contratto di lavoro; ma là è fatto per l'utilità esclusiva di chi lo pone in essere: il fulcro del contratto è dato dalla prestazione del proprietario, che deve tollerare qui pure una deviazione, cioè una deviazione dell'utilizzazione dal proprietario a un estraneo (conduttore). Nel contratto di lavoro invece il fulcro è dato dalla prestazione di lavoro, e la deviazione ha ben diversa ragione: essa tocca la destinazione del lavoro. Ecco perchè il primo è un contratto di uso, e questo un contratto di lavoro, benchè (come vedremo) tutti e due disciplinano una forma speciale di utilizzazione di energie, e perciò ambedue appartengono al tipo generalissimo della « locazione ».

Veramente, se interroghiamo chi lavora dovremmo indurre che dal suo punto di vista l'utilità in vista della quale attua il lavoro è la utilità propria, il bisogno di un guadagno. Questo, dal suo punto di

(cfr. art. 1 legge 7 luglio 1907, n. 489) alla necessità del riposo festivo. La tutela legislativa è concentrata nel lavoro per altrui utilità, e più intensamente, in quello che è lavoro subordinato. Di ciò più avanti.

¹⁾ È da notare che il lavoro individuale (cioè per scopo individuale al lavoratore) è sempre determinato dal bisogno, ma questo bisogno può essere vario: può anche essere un bisogno di divertimento; e abbiamo allora il gioco, che il PHILIPPOVICH, *Grundriss*, I, p. 111, contrappone al lavoro nel contratto di lavoro dal punto di vista dell'alienità o no dello scopo, mentre altri (e noi pure ne abbiamo discorso a proposito della pena nel lavoro, cfr. sopra p. 32 sg.) ne discorre dal punto di vista della penosità o no del lavoro. Il turista che sale il Cervino lavora per sè (gioco); la guida che lo accompagna lavora per altri (lavoro in senso economico). In realtà, come s'è visto, non è tanto la penosità o no del lavoro per sè che distingue le due categorie, quanto la coercibilità; la quale, appunto, in territorio di diritto privato, e trattandosi di un « fare », presuppone normalmente la destinazione del lavoro a profitto altrui. Tra i due angoli visuali, come si vede, il più esatto è quello del PHILIPPOVICH.

²⁾ Cfr. appresso, capo V, § 4.

vista, è l'utilità e la ragione d'essere primaria del suo lavoro. Ma questa non è l'utilità di cui noi qui discorriamo. Certo, anche questo scopo sussiste, anche questa destinazione del beneficio economico del lavoro ha (lo constateremo) un'importanza non solo economica, ma giuridica di primo ordine. Ma l'utilità che dalla prestazione di lavoro ricava chi la pone in essere non è l'utilità diretta, ma indiretta di essa, è quella risultante dallo scambio ¹⁾ del lavoro con denaro; rispetto al lavoratore il lavoro è un bene strumentale (si badi però che non intendo qui pregiudicare la questione, che vedremo poi, se il lavoro sia « cosa » in senso giuridico, o « ricchezza, merce » in senso economico). Quindi è verissimo che la prestazione di lavoro è utile per chi la fa come per la persona a cui è fatta. Solo che qui noi ci occupiamo dell'utilità diretta della prestazione di lavoro. E questa è della persona a cui la prestazione è destinata, e per la quale appunto paga un corrispettivo a chi lavora, corrispettivo che dal suo punto di vista tende a proporzionarsi a quell'utilità ²⁾.

Ed è a questa utilità che allude infatti l'art. 1570 colle parole « ...una delle parti si obbliga a fare per l'altra... ».

Dicevamo che un indice evidente della necessità di questo requisito della capacità del lavoro di soddisfare bisogni altrui sta nel fatto del compenso. I due fenomeni dell'utilità e della retribuzione sono evidentemente collegati, come osserva anche il Lotmar, l'uno coll'altro: una attività umana che non potesse essere ofelima (cioè soddisfare gusti altrui) non troverebbe chi per esso si sobbarchi ad un sacrificio, pagando una retribuzione. Che viceversa non sia impossibile un lavoro ofelimo ma non suscettibile di compenso, è stato affermato dal Lotmar; ma se noi escludiamo le cosiddette opere liberali, per cui oggi si deve affermare la piena compensabilità (su ciò avanti) è ben difficile trovare un esempio che suffraghi quell'asserzione. Ad ogni modo qui mi basta aver accennato al legame che unisce quei due elementi; ricorderò pure come il concetto di utilità sia dagli economisti richiamato come limite intorno a cui viene ad adagiarsi il tasso del salario ³⁾.

20. Ma qui ci si affaccia una prima obiezione: vedremo infatti che questo concetto dell'alienità dell'utilità della prestazione, che a tutta prima pare così semplice da dover essere accolto senza discussione, è stato fatto segno invece a molte e vivaci critiche.

¹⁾ Il concetto combattuto nel testo acquisterebbe nuo speciale valore, se col GEORGE, *Progress und Poverty*, citato dal SUPINO, *Il capitale salari*, 1900, p. 11, si ritenesse che è l'operaio che produce il suo salario. Giustamente il SUPINO rileva il concetto, in contrario, di scambio insito nel contratto di lavoro.

²⁾ BLOCK, in *Journal des Economistes*, 1899, II, 161 seg.; LOTMAR, cit. I, p. 74.

³⁾ LEROY-BEAULIEU, *Traité*, II, p. 290.

Si può dunque osservare: dal punto di vista economico è verissimo che l'utilità, o meglio l'ofelimità è qualità del lavoro a cui una persona si sobbarca per altri. L'economista descrive ciò che è nella realtà; e in realtà è sempre così. Ma può il giurista elevare questa utilità a presupposto giuridico? E se piacesse a una persona di stipulare del lavoro di cui non sente affatto il bisogno? Certo non è un caso ipotetico, di cui non vi sia una rispondenza nella pratica.

A ciò dobbiamo rispondere distinguendo. Quando si dice che il lavoro deve essere utile si allude anzitutto a un'utilità in genere, non precisamente ed esclusivamente a una utilità per il creditore del lavoro. Non si intende cioè asserire se non questo: occorre che il lavoro sia astrattamente, in sè stesso, tale da poter soddisfare dei bisogni umani. È insomma per il lavoro quello che per le « cose » in senso giuridico, tra cui certo non collochiamo il lavoro; come non è suscettibile di essere « cosa » ciò che non è astrattamente ofelimo, non tale da soddisfare un bisogno umano, così non è lavoro giuridicamente sussumibile nella costrizione del contratto quello che non soddisfa nessun bisogno altrui: tale è ad es. l'attività umana pur considerevole del bere e del mangiare ¹⁾.

Che poi il lavoro debba soddisfare precisamente un bisogno del creditore del lavoro non è necessario. Certo il creditore del lavoro deve avere un interesse proprio alla prestazione del lavoro (cfr. articolo 36 Cod. proc. civ.); interesse evidente quando l'utilità sia per lui, cioè il lavoro debba soddisfare un bisogno suo (si tratti di necessità, di miglior godimento, o di semplice lusso: ciò non importa), ma che non manca neppure in caso di consumo destinato a terzi: su ciò ancora appresso. Quel che importa qui intanto notare è che l'utilità della prestazione di lavoro può essere di una persona diversa da quella che l'ha stipulata e che assume la posizione giuridica di creditore del lavoro. Riassumendo, a questo proposito è certo che in pratica si danno parecchie ipotesi.

a) Utilità diretta della prestazione esclusivamente pel creditore del lavoro.

b) Utilità diretta della prestazione per terze persone. Quest'ultima ipotesi può presupporre: α) che la prestazione sia utile (si intende che alludo sempre all'utilità diretta) anche per il creditore del lavoro; β) che sia utile esclusivamente pel terzo o per terzi. Quest'ultima ipotesi a sua volta può presupporre: αα) che il creditore del lavoro abbia un interesse personale economico alla prestazione di lavoro; ββ) che manchi in lui un interesse egoistico di carattere economico.

La prima delle ipotesi (a) è quella che offre un interesse minore all'occhio indagatore dello studioso. Non è detto però che sia il caso

¹⁾ LOTMAR, op. e l. cit.

più frequente in pratica: tutto il lavoro della grande industria vi sfugge. Vi rientra invece, per lo più (ma anche qui non sempre!), la prestazione di lavoro dell'artigianato e delle professioni liberali¹⁾. Qualche prestazione di lavoro sembra a tutta prima di natura tale da non ammettere che in casi eccezionali la possibilità che l'utilità diretta del lavoro non sia per il creditore che l'ha stipulata. Ad es. le prestazioni di lavoro degli artisti musicali, la cui utilità diretta consiste nella percezione delle onde sonore intrasmissibile dal creditore cui la prestazione è fatta a terzi. Ma non è sempre così: mi basta citare il contratto di lavoro tra artisti di canto o professori d'orchestra e l'impresa di un teatro o di concerti; il contratto di lavoro con un imprenditore o una casa produttrice di fonografi, ecc.

È da notare che quando l'utilità diretta è esclusivamente del creditore del lavoro, cioè è consumata da lui, non è detto con ciò che la prestazione del lavoro, e perciò il contratto stesso, non possa avere natura commerciale, come a tutta prima può sembrare, in base al concetto ispiratore dell'art. 5, Cod. comm., per cui non sono atti di commercio gli acquisti « per uso e consumo dell'acquirente o delle sue famiglie ». Certo non vi è un acquisto « per rivendere » (art. 3, n. 1 Cod. comm.); ma vi può essere contratto commerciale di lavoro in cui la prestazione di lavoro è di consumo esclusivamente personale al creditore quando si tratti di prestazioni per parte di imprese di fabbriche o costruzioni, di manifatture, di spettacoli pubblici, editrici o tipografiche, ecc., dal momento che per l'art. 54, Cod. comm., se l'atto è commerciale solo pel debitore del lavoro, ciò non toglie che anche l'altra parte sia soggetta alla legge commerciale.

21. Venendo ora alla seconda ipotesi (b) che l'utilità diretta della prestazione di lavoro non sia destinata al creditore che l'ha stipulata, che perciò sia destinata a un terzo, è evidente che questo è il caso normale del contratto di lavoro industriale²⁾; è un caso che si verifica sempre laddove il creditore del lavoro non sia in realtà che un intermediario tra il lavoro che produce e il consumo: questa è anche la manifestazione più frequente e tipica oggi del contratto di lavoro. Non sarà necessario rilevare che questa alienità di destinazione dell'utilità del lavoro, benchè non si imprimi contrattualmente in modo reciso (all'operaio poco importa quello che l'industriale voglia fare dei prodotti accumulati in magazzino; è cosa che non lo riguarda) tuttavia influisce indirettamente sulla attuazione del contratto di lavoro, e le forme di questa ripercussione sono varie: a cominciare dalla scelta dei prodotti meglio atti a soddisfare il committente, sino alla lavorazione

¹⁾ Il contratto di lavoro giornalistico è escluso da questa categoria.

²⁾ MASSÈ, op. cit., p. 52.

secondo criteri personalissimi al committente, o alla possibilità per il contratto di lavoro edilizio di una garanzia sussidiaria sul patrimonio del committente (art. 1645).

La legge sugli infortuni accolla l'obbligo dell'assicurazione in genere ai capi o esercenti delle imprese, ecc. indicate ivi; ora impresa, imprenditore sono qui di regola assunti nel significato economico di intermediari tra i produttori di materia prima o di lavoro e i terzi (consumatori). Veramente l'art. 7 ha cura di estendere la parola imprenditore anche a « colui che faccia eseguire per conto proprio alcuno dei lavori che formano oggetto delle imprese, ecc... »: qui colla espressione « per conto proprio » evidentemente ¹⁾ si allude a lavori compiuti per l'utilità diretta di chi li fa eseguire, e che la legge, con una estensione terminologica concettualmente arbitraria, ma legislativamente chiara, chiama imprenditori ²⁾. Comunque, salvo questo caso, trattandosi di impresa industriale la destinazione ultima dei prodotti è sempre per altri, non per il creditore del lavoro: questo è pure il caso dell'industriale che accumula i prodotti, per poi venderli al momento opportuno, che insomma previene la domanda. Qui l'alienità della destinazione è anche meno evidente, e non vi sarà l'applicazione dell'art. 1645, a favore degli operai dipendenti. Ma, salvo ciò, la struttura del contratto di lavoro tra l'industriale e gli operai o i suoi impiegati rimane inalterata, così come intatto resta l'obbligo di assicurare gli operai contro gli infortuni.

Normalmente, anche quando l'utilità è destinata a terzi il creditore del lavoro che funge in certo modo da intermediario ha un proprio interesse economico a che la prestazione di lavoro abbia luogo. Che ciò non sia nel caso ad es. in cui non ha altro scopo che la beneficenza e nulla chiede per sè, non toglie nulla al contratto di lavoro, non ne altera per nulla la fisionomia. Ripetiamo che la destinazione dell'utilità è irrilevante per chi lavora; per esso non vi ha altro destinatario che il suo creditore a cui deve dare il suo lavoro; ciò, si intende, salve le eccezioni sopra indicate.

Ma può essere che l'alienità di questa destinazione sia stata dalle parti, in ispecie dal creditore del lavoro, impressa contrattualmente sulla prestazione stessa. Vale a dire questa alienità di destinazione,

¹⁾ È il contesto che può chiarire il significato di quell'espressione, che altrove è ben differente. Così nell'art. 13 primo comma del testo unico sulla Cassa Nazionale previdenza (30 maggio 1907, n. 376), è dubbio se « per conto proprio » allude al lavoro autonomo per commissione altrui (l'impresa), o a quello fatto per rivendere il prodotto, o a un lavoro per esclusiva utilità propria: quest'ultima ipotesi è la meno verosimile.

²⁾ La conseguenza è che l'essere i prodotti destinati al consumo del creditore del lavoro, o di terzi è irrilevante dal punto di vista dell'applicazione della legge sugli infortuni sul lavoro. CARNELUTTI, in *Rivista dir. pubblico*, 1909, II, 18.

non pel creditore stipulante, rientri come elemento nell'organismo giuridico creato dal contratto di lavoro. Il debitore sa che la prestazione va fatta per l'utilità diretta di altri, che non è il suo creditore. Ciò porterà per conseguenza che la prestazione sia fatta direttamente al terzo, effettivo destinatario dell'utilità della prestazione. Questo fenomeno assume in realtà un'intensità varia di manifestazione.

a) Anzitutto abbiamo la più semplice, quale noi troviamo quotidianamente nell'artigianato (il fabbro che manda un lavoratore a fare una riparazione in casa di un cliente; il pittore di pareti che manda i suoi lavoranti a imbiancare le camere di un committente); talora anche nella grande industria manifatturiera. Ma più spesso in alcuni casi in cui il creditore del lavoro in realtà è un imprenditore, cioè a dire organizzatore di prestazioni di lavoro nell'interesse di terzi. Questa funzione intermediaria infatti può essere esercitata per modo che la prestazione di lavoro debba aver luogo nei diretti rapporti col terzo consumatore dell'utilità del lavoro, il che si verifica quando si tratti di servizi (lavoro per risultato immateriale).

Infatti i servizi personali non possono di regola attuarsi che direttamente in favore dell'utilità del destinatario, non dell'intermediario. Così il precettore incaricato di istruire il figlio di colui con cui ha stipulato il contratto non può riversare l'insegnamento se non direttamente sull'allievo ¹⁾; l'artista che ha una scrittura deve cantare in presenza del pubblico; il ferroviere o il tramviere non possono prestar l'opera loro se non ai terzi che vogliono essere trasportati. Anche questa non è però, come può sembrare a tutta prima, regola assoluta. Come s'è già visto, il servizio immateriale dell'artista può essere, nei rapporti colla casa produttrice di fonografi, perpetuato nei dischi; è sempre la produzione materiale delle onde aeree onde consta il suono che permette questo risultato.

In questa prima categoria di manifestazioni quel che importa rilevare subito è che non abbiamo una di quelle cosiddette stipulazioni a favore di terzo di cui all'art. 1128. Premetto che a' termini di questo articolo, dicendo « contratto a favore di terzo » qui e appresso io non intendo affatto usare la parola nel senso tecnico di un contratto da cui un terzo acquista senz'altro un diritto; ma di contratto in cui è designato un terzo come futuro possibile beneficiario (nel caso nostro) della prestazione di lavoro. Ora è evidente che il contratto a favore di terzi, inteso anche in questo senso più limitato, vi ha solo se la destinazione a favore del terzo è stata originariamente inserita nella stipulazione del contratto di lavoro in forma di attribuzione di un diritto al terzo, sia pure condizionata alla sua volontaria adesione; per es. il

¹⁾ LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, I, p. 107.

contratto di trasporto, in cui il destinatario sia persona diversa dal mittente. Ma quando il fabbro manda il suo garzone a riparare la serratura di un cliente, si può sempre ritenere, è vero, che nella stipulazione del contratto di lavoro coll'operaio era inserita pure (art. 1124, 1137) la clausola in base alla quale il lavoro avrebbe dovuto eventualmente essere attuato direttamente in rapporto ai clienti. Ma con ciò non vi è, nel momento del contratto, nessuna attribuzione specifica di diritti a terzi, la destinazione a favore di terzi riguarda solo la materiale attuazione del lavoro; il rapporto che lega il terzo a questa prestazione non scende già dal contratto di lavoro tra il fabbro e il suo dipendente, ma dal contratto (che può non essere di lavoro) tra il fabbro e il terzo, rispetto a cui l'opera del dipendente è solo un mezzo di attuazione.

Il terzo può pretendere dunque l'opera del dipendente del fabbro non in base al contratto di lavoro tra l'operaio e il fabbro, ma al suo contratto col fabbro; a quel contratto di lavoro è completamente estraneo ¹⁾. Questo contratto è anteriore alla commissione che il terzo dà all'imprenditore; e allora quella destinazione — in genere autorizzata, però, dal contratto di lavoro stesso — è impressa nella prestazione di lavoro in una fase posteriore alla stipulazione, cioè nella fase esecutiva. Il lavorante che dipende dal pittore di pareti è obbligato per contratto a lavorare dove piaccia al principale; ma concretamente la destinazione aliena al lavoro suo è di volta in volta impressa dal principale cogli ordini, mediante i quali esso pone in movimento il rapporto giuridico che lo lega al lavorante per attuare la commissione avuta dal terzo.

Con ciò non è escluso che il terzo, estraneo al contratto di lavoro tra il lavoratore e la persona da cui il lavoratore ha avuto l'incarico, non influisca sulla situazione giuridica creata da questo contratto. Vi influisce essenzialmente col cooperare (accettando la prestazione di lavoro a lui in fatto rivolta, e rendendola possibile) all'attuazione della prestazione nei rapporti giuridici tra le parti in quel contratto. Cosicché ²⁾ se manca questa cooperazione il creditore del lavoro può essere posto in mora (mora del creditore). Su ciò a suo luogo.

b) Ma vi è un'altra forma di penetrazione anche più energica del terzo nell'orbita del contratto di lavoro a cui esso è e rimane sostanzialmente estraneo, una forma perciò che ha di comune col caso precedente la non applicabilità dell'articolo 1128 cap., e sta in ciò: che

¹⁾ Si può dire, col LOTMAR, op. e l. cit., che l'attuazione di questa prestazione di lavoro crea una relazione di puro fatto tra il lavoratore e il cliente del creditore del lavoro; e cioè la prestazione in fatto è attuata di fronte al terzo, in diritto di fronte al creditore del lavoro.

²⁾ Cfr. LOTMAR, op. cit., p. 108.

spesso è al terzo il quale gode direttamente la prestazione di lavoro che è rimesso il pagamento della mercede del lavoro compiuto. E si noti, non già la mercede dal terzo dovuta a colui cui si è rivolto e che ha incaricato un suo operaio, o comunque altra persona di eseguire il lavoro richiesto (es. la mercede dovuta dal cliente al padrone del ristorante, per i cibi consumati), ma precisamente la mercede che corrisponde al lavoro fatto da chi lo pone in essere da colui da cui ha avuto l'incarico. Ad es. i camerieri nei ristoranti sono vincolati da contratto di lavoro col proprietario dell'azienda; ma bene spesso il guadagno è ricavato esclusivamente dalle mance, pagate a loro direttamente dai consumatori; anzi, talora è il cameriere che paga una somma al proprietario, per ottenere il posto evidentemente lucroso: che ciò influisca o non influisca affatto sulla natura del contratto tra cameriere e proprietario, che cioè questo contratto malgrado ciò rimanga sempre un contratto di lavoro nel senso in cui noi l'intendiamo, e a cui allude l'art. 1570, è quanto vedremo più avanti. Notiamo solo che questo rimbalzo del pagamento della mercede sui terzi utenti il servizio non è infrequente.

c) E infine vi è una terza categoria di casi, in cui l'introduzione dell'alienità della prestazione di lavoro nel contratto assume l'espressione sua più energica: quella in cui è proprio da questo contratto di lavoro che al terzo deriva, se accetta, il diritto di pretendere senz'altro la prestazione da cui se l'è assunta, senza, dunque, che a ciò occorra, come nei casi precedenti, un altro contratto direttamente tra lo stipulante e il terzo. In questi casi si capisce che siamo di fronte a veri e propri contratti a favore di terzi (nel senso che sopra abbiamo richiamato); sono casi in cui anche il creditore del lavoro deve avere un interesse proprio, perchè il vantaggio stipulato pel terzo deve figurare « condizione di una stipulazione » che il creditore del lavoro fa per sè. Ciò dunque presuppone: 1.^o che il creditore del lavoro abbia un interesse proprio alla stipulazione del contratto; 2.^o che la accettazione del terzo costituisca una vera e propria condizione a cui quel contratto è subordinato ¹⁾. Naturalmente quanto al primo requisito debbo presupporre che il creditore del lavoro agisca in nome proprio, e non come rappresentante del terzo; in quest'ultimo caso vigono le regole della rappresentanza, e non quelle del contratto a favore di terzi. Se ne discorrerà a proposito della stipulazione del contratto di lavoro mediante intermediari ²⁾.

¹⁾ MANENTI, in *Rivista dir. civ.*, 1909, p. 307.

²⁾ Dobbiamo inoltre escludere dalla categoria del contratto di lavoro come vero e proprio contratto a favore di terzo a tenore dell'art. 1128 i contratti di lavoro stipulati dal socio amministratore di un'associazione o di una società civile cogli impiegati della società, o dall'erede nell'interesse della massa ereditaria.

Limitato per tal modo l'argomento scorgiamo subito che le ipotesi di vero contratto di lavoro con stipulazione del lavoro a favore di terzi non sono molto numerose in pratica. Spesso poi il contratto tra stipulante e promittente in pratica sarà una semplice donazione. Se Tizio promette un compenso di denaro a Caio, per un lavoro che questo si impegna di fare per Sempronio (ad es. un mecenate che impegna un artista a fare una statua per una città) si possono dare due ipotesi teoricamente: o vi ha un contratto di lavoro (cioè le due prestazioni sarebbero fuse in una relazione sinallagmatica); oppure le due prestazioni sono scisse, relativamente autonome, cioè non in relazione sinallagmatica. E in quest'ultimo caso la promessa di compenso è una donazione; la prestazione al terzo un modo (donazione modale). Come si vede il campo di un contratto di lavoro a prestazione di lavoro divergente si restringe ancora di più.

Da tutto ciò intanto ricaviamo la conclusione che un contratto di lavoro in cui sia stipulata a favore esclusivamente di terzo (intesa sempre questa espressione nel senso lato e improprio di cui sopra) la prestazione di lavoro, non si può dare se non quando al contratto sia interessato anche lo stipulante (che quindi agisce in proprio nome): quando cioè le due prestazioni siano strette in nesso sinallagmatico. Il semplice interesse della beneficenza e della gratitudine riguardo al terzo non è sufficiente: la stipulazione per sè stesso di cui all'articolo 1128 allude a un movente di natura egoistica (per lo più economico): ma neppure è necessario, d'altra parte, che quest'interesse si riferisca appunto alla prestazione di lavoro. A questa esclusivamente interessato può essere il terzo, purchè il contratto si regga come contratto stipulato in proprio nome, cioè si appoggi a un interesse, anche differente, dello stipulante.

Qualche caso può esser dubbio. Ad es.: Tizio vende a un artista una casa per un dato prezzo che l'artista pagherà, ma stipula anche che l'artista dovrà decorare il soffitto di una casa d'altra persona; la vendita della casa è in parte il corrispettivo di questa prestazione di lavoro. Che contratto è questo? Di vendita, se prendiamo la trasmissione di proprietà della casa come prestazione primaria: in tal caso quella prestazione di lavoro integra il prezzo, e fa parte del corrispettivo. Di contratto di lavoro, se ci collochiamo dal punto di vista della prestazione di lavoro: in tal caso la vendita della casa sarebbe la retribuzione, esuberante per sè, perciò con detrazione della somma di denaro che l'acquirente ha a pagare. In pratica, si possono dare tutte e due le ipotesi, secondo che le circostanze facciano dell'una o dell'altra prestazione l'elemento tipico e primario; è difficile che l'esame delle circostanze non proietti luce in proposito. Ma questo esempio prova ancora a quanto poco si riduca in realtà (salvo il contratto di trasporto) l'importanza pratica di questo innesto della

stipulazione a favore di terzo, nel suo senso tecnico ammesso dalla legge, sul contratto di lavoro per quanto concerne la prestazione principale (chè la stipulazione a favore di terzo può anche concernere la mercede). L'unico caso veramente importante di questo innesto è a proposito delle condizioni di tariffa o di lavoro stipulate a favore degli operai nel contratto tra committente e imprenditore (su ciò a suo luogo:) ma qui siamo in argomento ben diverso da quello di cui ora ci occupiamo ⁴⁾.

22. Ma vi ha dippiù. Fermiamoci ormai ai casi — tra cui quello più tipico e praticamente importante è il contratto di trasporto — in cui un vero contratto di lavoro ci si palesa sotto forma di contratto a favore di terzo, e vediamo se questa speciale struttura non influisce sul contratto di lavoro; chi sarà qui il creditore del lavoro, lo stipulante a favore del terzo, o il terzo che abbia accettato (debbo naturalmente presupporre che l'accettazione sia già avvenuta)? A tutta prima si è indotti a rispondere che dipende dal vedere tra chi sussista il sinallagma: l'obbligazione di fare, e quella di pagare la mercede. Se così fosse, quando si trattasse di spedizione in cui il prezzo del trasporto è a carico del destinatario (porto assegnato) il creditore sarebbe quest'ultimo, mentre è certo che la complessa situazione giuridica in cui troviamo i diritti e i doveri del vettore derivano proprio dal contratto stipulato tra mittente e vettore; e che, almeno fino a che il destinatario non abbia accettato la spedizione a lui fatta (ciò è estraneo completamente a quella situazione giuridica), certamente il vettore non può riconoscere per suo creditore del lavoro che il mittente, nel quale solo in definitiva ricade anche l'obbligo della mercede, se il destinatario a cui sia stata accollata non accetta la spedizione. E del resto l'art. 318 risolve esplicitamente il dubbio dichiarando che il « contratto di trasporto ha luogo tra lo speditore e il mittente che l'incarica del trasporto, e l'imprenditore che assume di farlo eseguire in nome proprio e per conto altrui... ».

Ma il dubbio può nascere dal punto in cui il destinatario abbia il diritto di pretendere dal vettore la riconsegna della cosa spedita cioè l'esaurimento della prestazione di lavoro. Come si sa secondo l'art. 407 questo avviene « dopo l'arrivo delle cose trasportate o dopo il giorno in cui esse avrebbero dovuto arrivare nel luogo di destinazione... ». Ora prescindiamo dalla questione se l'acquisto del diritto per parte del destinatario sia o no subordinato, malgrado la formula di questo articolo, alla volontà sua di acquistare, conformemente all'art. 1028, Co-

⁴⁾ Più avanti (cap. V, § 5) riesamineremo brevemente questo argomento del contratto di lavoro a favore di terzo al lume dei principi che governano l'onerosità del nostro contratto.

dice civile, questione che esula dal campo delle nostre indagini: io sarei per la sussumibilità sotto l'art. 1128, col Manenti¹⁾. Comunque, viene un momento in cui da una parte il mittente non può più disporre delle cose spedite, e questa facoltà di disposizione passa al destinatario²⁾; questo può anzi esercitare tutti i diritti derivanti dal contratto di trasporto e le azioni di risarcimento; egli può pretendere la riconsegna delle cose (art. 407).

Ora, con ciò si può dire che il mittente perda la sua veste di creditore del lavoro, che viene assunta dal destinatario? Qualche espressione della legge lo potrebbe far credere, in quanto in questo momento il vettore non ha più l'obbligo di eseguire gli ordini del mittente. Ma con ciò non si allude se non puramente alla trasmissione ad altri di alcune delle facoltà contenute nella posizione giuridica del creditore del lavoro. Questa resta nel mittente; in quanto il vettore si è assunto verso il mittente di trasportare una cosa consegnandola al destinatario, è chiaro che operando questo trasporto esso soddisfa la prestazione nei rapporti con il mittente. Tant'è vero che la posizione giuridica del mittente può ripigliare tutta la sua pienezza di contenuto anche dopo cessata ogni ingerenza del mittente nella spedizione (ad es. dopo lo svincolo, quanto al trasporto ferroviario) se il destinatario rifiuta di ricevere la merce³⁾; e che resta sempre l'obbligo di pagare la mercede, la quale, se non è pagata dal destinatario, è a carico del mittente. Ma la particolarità di questo contratto è, che la posizione del mittente si svuota per così dire, e la massima parte del suo contenuto va a costituire la posizione giuridica del destinatario, che diventa quindi un altro creditore del lavoro, il quale può pretendere l'attuazione del trasporto, la consegna, può agire per le avarie, può insomma far valere tutti i diritti derivanti dal contratto. È un fenomeno di sdoppiamento dato da ciò, che l'utilità della prestazione di lavoro è a favore del mittente e del destinatario (anche del mittente, che agisce nel proprio interesse), e che il destinatario, a differenza dei casi precedenti (il cliente del barbiere o dell'artigiano, lo spettatore nei teatri, ecc.), partecipa alla formazione del rapporto giuridico che ha le sue radici principali nel contratto di lavoro intervenuto tra le altre due parti (creditore e debitore del lavoro)⁴⁾.

Che partecipi come contraente o come terzo è discettato: certo un rapporto giuridico si instaura tra il vettore e il destinatario, che prende

¹⁾ *Rivista dir. civ.*, 1909, 313 seg.

²⁾ La dimostrazione che il MANENTI ha fatto di questa trasmissione solo nel momento dell'adesione del destinatario mi sembra inconfutabile; op. cit.

³⁾ VIVANTE, *Trattato*, IV, n. 2079 (II ediz.).

⁴⁾ Il LOTMAR, op. e l. cit., ritiene che il trasporto sia uno dei casi in cui il destinatario della prestazione di lavoro sia un terzo nè creditore nè debitore del lavoro.

le mosse e si sostanzia dal contratto stipulato originariamente tra vettore e mittente; tanto il vettore che il destinatario debbono risalire a questo contratto e all'adesione del destinatario (come secondo me ha ottimamente chiarito il Manenti), debbono ricollegare questi due atti giuridici, per formare la genesi e la base fondamentale dei rapporti giuridici tra loro ⁴⁾. Ma tutto ciò ammesso e ammesso dunque che per ottenere l'effetto ci occorre la somma degli elementi $a + b$ non è con ciò solo detto che questa somma, trattandosi di somma di atti giuridici, costituisca una unità, una fusione a contratto. Il Manenti lo ha asserito, scorgendo nel contratto di trasporto un'offerta di contrattare o di entrare nel contratto al terzo (destinatario); ora qui, se non erro, la dimostrazione del Manenti non può persuadere, poichè, naturalmente, occorreva dimostrare la imprescindibilità di questa soluzione. E invece non è inconcepibile che la somma di quegli atti giuridici non sia che la somma di elementi che non si fondono, ma coesistono come atti successivi, di cui l'ultimo (l'adesione del terzo) è elemento pure costitutivo per la trasmissione al destinatario di una così gran parte dei poteri e dei doveri contenuti nella posizione del creditore del lavoro. Questa anzi si può forse ritenere la ricostruzione più vicina al vero, se non erro; poichè non capisco come nelle due volontà, già contrattualmente vincolate tra loro, del mittente e del vettore si possa scorgere una proposta di contratto rivolto al destinatario, nel caso ad es. in cui il destinatario si presenti indipendentemente dalla consegna a lui fatta della lettera di vettura (che può anche mancare) e munito solo di un documento atto a esigere la consegna della merce, e anteriore al contratto di trasporto (art. 396 cap.).

Concludendo: si ha qui la formazione o meglio la trasmissione a un terzo di rapporti giuridici scaturiti dal contratto di lavoro, la assunzione che il terzo fa della veste di creditore del lavoro senza che con ciò si attui la successione nella integrale posizione giuridica del creditore originario; e accanto a tutto ciò il permanere di quella di debitore del lavoro non ostante tra il terzo e il debitore non interceda contratto alcuno. Ma la base fondamentale è pur sempre un originario contratto di lavoro, quindi è argomento che ci interessa direttamente.

⁴⁾ Questo è appunto il lato sostanziale che fa differire profondamente questa categoria di casi (cioè di contratti a favore di terzo, nel lato senso da noi visto, e ammesso anche dal MANENTI) da quella dei casi precedenti (a e b), dove, come abbiamo visto, il terzo non ricava i suoi diritti e i suoi doveri dal precedente contratto di lavoro stipulato, ad es., tra l'operaio del tappezziere e quest'ultimo, o tra l'artista teatrale e l'impresario. A questo rimane estraneo il terzo; mentre nel trasporto, pur non entrando nel contratto, come ritiene invece il MANENTI, e restando quindi terzo, non rimane estraneo però alla situazione creata dal contratto di lavoro.

Naturalmente, se si ritiene, come ha dimostrato il Manenti, che qui non abbiamo che una pura applicazione dell'art. 1128, e niente affatto un contratto a favore di terzo nel senso rigorosamente tecnico della parola, si tratta di un fenomeno affatto normale, ed estensibile a tutti i casi in cui questo pseudo-contratto di lavoro a favore di terzo si presenti.

23. Vediamo ora altre accuse contro l'affermazione, che par così semplice, per cui il creditore del lavoro è destinatario della prestazione di lavoro: almeno nel senso che questa prestazione è adempiuta nell'interesse immediato ed esclusivo del creditore, che quindi del risultato di quella prestazione può disporre a suo talento, se non sempre nel senso che questo sia destinatario dell'utilità diretta che rispetto a lui è contenuta in quella prestazione. Osservo che questa non è una peculiarità del contratto di lavoro: è vera per qualunque fenomeno di scambio. Non mi pare perciò che sia accoglibile la condanna che il Cogneetti de Martiis ¹⁾ ha creduto di pronunciare contro questa formula del « lavoro per altrui utilità », in quanto, secondo il Cogneetti, essa subordinerebbe l'attività di lavoro al beneplacito dell'imprenditore, e darebbe alla mano d'opera carattere di strumentalità. Meglio dunque, secondo il chiaro economista, le definizioni che eliminano quell'inciso.

Come si vede il Cogneetti si limitava alla locazione di opere, cioè al lavoro tecnicamente subordinato, e confondeva questa subordinazione, che è innegabilmente un elemento caratteristico e fondamentale che sta a base della più importante classificazione in seno al contratto di lavoro, colla destinazione del lavoro al soddisfacimento di un bisogno di persona diversa da chi lavora; anche questo è fatto innegabile e che con quella subordinazione ha nulla a che fare ²⁾. Tant'è

¹⁾ Op. cit., V, 2, p. CLXIV. Il COGNETTI deplora che con quella formula si voglia dare al lavoro carattere di strumentalità. Ma se si allude al carattere di bene strumentale (riservando ora ogni giudizio su questo concetto di bene o merce) certo è che il lavoro lo è per chi lo produce: mentre d'altra parte è il mezzo col quale il creditore soddisfa un suo bisogno. Il COGNETTI inoltre sostiene che l'operaio lavora per sè, non per l'imprenditore. Verissimo, dal punto di vista dell'utilità indiretta o di scambio del lavoro. Ma, come dicemmo, qui ci preoccupa la complessa situazione contrattuale; e qui viene a galla anzitutto l'altra utilità per il destinatario del lavoro: è appunto a questa utilità che allude la formula del « lavoro per altri ».

²⁾ Va osservato che spesso le formule esprimenti questa subordinazione e la destinazione del lavoro all'utile altrui hanno delle apparenti analogie che fanno nascere a tutta prima qualche confusione. Ad es., il ROSIN, *Arbeiterversicherungsvertrag*, II, p. 32, distingue il lavoro dipendente dall'autonomo dicendo che il primo non è che il mezzo per scopi economici altrui. Ma con ciò non allude alla destinazione del lavoro all'utilità di un'altra persona, perchè questa qualità è propria anche del lavoro dell'imprenditore, cioè del lavoratore autonomo. Allude invece alla subordinazione propria della locazione di opere, in cui il lavoro è diretto e guidato dalla

vero che questa destinazione, implicante un rapporto tra la prestazione di lavoro e un dato bisogno non di chi lavora, esiste anche nella locazione di opera o di lavoro autonomo, in cui non è possibile trovare un elemento di subordinazione. La posizione economico-giuridica è, dal nostro punto di vista, identica nei due casi; se nell'una vi è un rapporto di subordinazione, questo non si ricollega a quella destinazione, che non crea per nulla una superiorità dell'imprenditore. In tutte e due non vi ha che quell'idea di « coordinamento », di « proporzionamento » che è un naturale prodotto dell'eguaglianza giuridica delle parti, e che il Cognetti vagheggia; solo che esso è attuato in vario modo. Ma non è questo il luogo per insistere su questo argomento.

Qui importa affermare quel concetto di utilità per altri, che l'articolo 1570 ha giustamente posto in evidenza, e che non si può negare salvo negare il presupposto naturale del fenomeno economico di scambio. Fare per l'altra vale evidentemente fare nell'interesse, per l'utilità, per conto dell'altra ¹⁾. Di fronte a questa formula certo è antitetica quella di chi, come il Pantaleoni ²⁾, ritiene che l'operaio lavora per proprio conto, per sè, se no non eserciterebbe una funzione economica. Come si vede l'obbiezione del Cognetti non è isolata; essa risponde nel Cognetti alla sua tendenza dalla quale si è lasciato attrarre a scorgere nel contratto di lavoro un fenomeno puramente associativo (e in ciò non posso assolutamente consentire ³⁾); risponde nel Pantaleoni a un ordine di idee differente, che certo, dal punto di vista da cui l'eminente economista si è collocato, doveva condurre necessariamente a quella conclusione: infatti considerato il lavoro nel fenomeno dello scambio è certo che chi lo presta lo fa per scopi edonistici propri, la fa da *homo oeconomicus*, che mira al maggior proprio guadagno col minor proprio sacrificio. Ma il punto di vista da cui noi ci collochiamo, ripeto, qui è differente: è quello del valor d'uso (sia pure in un rapporto di scambio), non del valor di scambio; della destinazione economica diretta della prestazione di lavoro, non della sua utilità indiretta, come bene strumentale ⁴⁾.

persona al cui utile è destinato, la quale quindi atteggerà il lavoro posto a sua disposizione a quei criteri che secondo essa meglio sono atti a raggiungere lo scopo utile che essa si propone.

¹⁾ CARNELUTTI, in *Rivista di dir. comm.*, 1910, II, 436.

²⁾ *Scritti vari*, I, p. 223.

³⁾ Anche il COGNETTI, sempre perchè non abbia a « spuntare l'idea della superiorità dell'imprenditore », asserisce che l'idea della proficuità altruistica del lavoro dell'operaio è una anomalia nella civiltà economica odierna, e non è elemento di una regolare impresa.

⁴⁾ È evidente che, come in qualunque scambio, il lavoratore si deciderà a promettere il lavoro solo quando l'utilità personale che ne ricaverà sarà maggiore della pena (del lavoro).

A me pare che sia la visione di un ideale nobilissimo, ma troppo discorde dalla realtà, e troppo pervaso, se non erro, da un falso sentimentalismo che ha condotto il Cognetti e altri ancora a negare questa utilità diretta, risultante dalla destinazione del lavoro per altri, e a non vedere se non l'indiretta, nell'interesse di chi lavora. Il Depasse ¹⁾, affermata (e vedremo che ciò è esatto) l'inseparabilità del lavoro dall'uomo che lo presta, aggiunge poi che si lavora per se, per la patria, non già per un altro uomo, quando si è uomini; si lavora per i propri bisogni, per lo sviluppo della propria personalità; non si vende la propria energia. Che questa non si venda è vero; che non si lavori per altri è falso. E come può il Depasse ricostruire il contratto di lavoro senza questo fondamentale presupposto? Nè importa che « chi vende » (come osserva il Depasse) calcoli subito la quantità di lavoro che non darà, e si proponga di lavorare il meno possibile, nè che sia difficile sorvegliare l'effettiva prestazione del lavoro, e ottenere che oltre la quantità sia data la qualità di lavoro pattuita. Questi sono inconvenienti, che in parte del resto il Depasse ingrandisce, i quali non eliminano affatto l'idea fondamentale di un lavoro dedicato all'utile altrui ²⁾.

Negare ciò, per un falso sentimentalismo, è negare l'attuale assetto economico-giuridico. Del resto queste pagine molto enfatiche del Depasse non concludono se non coll'asserire od esaltare il lavoro come facoltà insita nell'uomo. E tale conclusione è verissima.

24. Ma qui mi preme soprattutto ricordare alcuni recenti tentativi che in Francia sono stati fatti per metter d'accordo il concetto della non altruisticità del lavoro coi caratteri fondamentali del contratto di lavoro. Il punto di partenza è che normalmente il risultato del lavoro, il prodotto del lavoro appartiene a chi pone in essere le energie dirette a produrlo. Come si vede è il *leit-motiv* della dottrina socialista, che da qualche interprete alquanto audace si vorrebbe a forza vedere codificato già nel Codice civile. Ma come conciliare questo principio col contratto di lavoro?

Lo Chatelain ³⁾ ha tentato una costruzione giuridica del contratto di lavoro che appunto consiste in un siffatto tentativo di conciliazione. Egli parte dal concetto che il lavoratore ha diritto alla proprietà di

¹⁾ Nella *Riforma sociale*, 1898.

²⁾ È insomma il sospetto di una concezione egoistica che assilla una parte della dottrina, egoistica o sfruttatrice cioè dal punto di vista del creditore del lavoro. Ma, come già abbiamo detto, è un concetto che deriva naturalmente dallo scambio. La stessa situazione, rovesciata, vi ha per la mercede: anche qui si può opporre all'idea di mercede per l'utilità dell'altra parte che in realtà la mercede è pagata dal creditore per il lavoro utile che ha ricevuto.

³⁾ *De la nature du contrat de travail entre ouvrier et entrepreneur*, Paris, 1902.

almeno una parte del prodotto ¹⁾. Ciò posto, aggiunge che tuttavia, per le condizioni sue sociali, egli è costretto a rinunciare anticipatamente a questa sua proprietà, vendendo (colla stessa stipulazione del contratto di lavoro) all'altro contraente la proprietà della sua parte del prodotto futuro: il prezzo della vendita e della rinuncia sarebbe dato appunto dal salario. Il quale sarebbe adunque, più che la remunerazione del lavoro, il prezzo della vendita che il lavoratore fa dello sua parte di prodotto. Il contratto di lavoro verrebbe insomma costruito su una base complessa in cui rientrerebbe la fusione di due elementi che (lo vedremo) ²⁾ sono perfettamente contraddittori: il principio associativo, e quello dello scambio.

Questa costruzione giuridica, o meglio economico-giuridica, ha avuto nello Chatelain il suo più convinto propugnatore: ma ne vediamo le tracce in altri scrittori. Essa è anzitutto diffusa in una parte molto notevole degli economisti che si occupano del contratto di lavoro ³⁾; ma è penetrata anche qua e là nella dottrina giuridica. Così il Cornelissen ⁴⁾ (che è però più economista che giurista) definisce il lavoro salariato « ogni lavoro di cui il prodotto non viene assegnato, mercè divisione, anche alla persona che l'ha eseguito, ma è da questa ceduto ad un'altra persona (il suo padrone) contro un compenso convenuto ». Ma è specialmente il Geny ⁵⁾ che aderisce in sostanza alla teoria dello Chatelain. Il Bry ⁶⁾ pure definisce il contratto di lavoro come « convenzione à forfait con cui l'imprenditore promette all'operaio una somma fissa e pagabile a epoche determinate in cambio dell'abbandono che l'operaio fa dei prodotti del suo lavoro ». Il Boissard osserva ⁷⁾ addirittura che quella della comproprietà del prodotto al lavoratore è una soluzione oggi ormai imposta dall'evidenza dei fatti: è difficile negare che ciò che è risultato di una collaborazione non sia anche oggetto di comproprietà ⁸⁾.

Il Boissard osserva che questa concezione non è limitata al salariato. E infatti, una volta ammessa l'idea informatrice, nulla vieta che

¹⁾ Di una parte soltanto. Con ciò si ammette, almeno parzialmente, la destinazione altruistica del prodotto del lavoro, per quanto riflette la parte di cui la proprietà spetta al contraente che non lavora.

²⁾ Cfr. appresso, n. 56 sg.

³⁾ Le citazioni sarebbero numerosissime. Ricordo ad es. YVES-GUYOT, *Les conflits du travail*, passim. Lo CHATELAIN cita in suo favore anche il ROZY, *Traité d'Econ. politique*, Paris, 1877, p. 53 (l'operaio vende la sua parte, sconosciuta e incerta).

⁴⁾ *Théorie du salaire et du travail salarié*, p. 22.

⁵⁾ In *Revue trimestrielle*, 1902, p. 336 e seg.

⁶⁾ *Cours élément. de législat. industr.* (1909), p. 65.

⁷⁾ In PERREAU e GROUSSIER, op. cit., p. 94.

⁸⁾ Il BOISSARD non ha però ritenuto opportuno codificare questo principio: ritiene che bisogna lasciare ai fatti economici e alla vita sociale la cura di conservarlo a poco a poco.

si abbia ad estendere; l'estensione sarebbe anzi doverosa: ad es. al rapporto tra il capitalista e l'imprenditore, come fa il Clark ¹⁾. Il capitalista contribuisce, così come il lavoratore, alla produzione; non vi è una ragione per non assegnare anche a lui quella quota parte di prodotto che si riferisce alla collaborazione del capitale. Che se egli consente, come fa, a lasciar impiegare il capitale suo dall'imprenditore, virtualmente gli vende la sua parte indivisa di un prodotto che il capitalista ha realmente creato; l'interesse sarebbe il prezzo di tale vendita ²⁾.

La critica a questa costruzione giuridica dovrebbe a tutto rigore prendere le mosse da quello che ne è il punto di partenza: il contratto di lavoro considerato come associazione di forze, come contratto di società che dà eguaglianza di diritti alle parti, quindi la proprietà dei prodotti anche al lavoratore. Questo è un punto di partenza fondamentalmente errato; ma la dimostrazione di ciò non può che sgorgare attraverso alla trattazione che segue, e perciò ne ridiscorreremo a suo luogo ³⁾. Del resto lo Chatelain ricorre ad altri argomenti, per giustificare il diritto del lavoratore alla proprietà di una parte del prodotto del proprio lavoro. Ed è a questi argomenti che qui mi limiterò, in quanto con essi si mira a intaccare il principio della fondamentale alienità del risultato del lavoro. Lasciamo andare anzitutto che quella costruzione presuppone che si tratti solo di un contratto di lavoro con risultato materiale; perchè se si tratta di quelli che vedremo essere puri servizi, è certo che la teoria dello Chatelain non può avere applicazione ⁴⁾. Ora la natura materiale o immateriale del risultato di lavoro, come vedremo, non implica nessuna sostanziale alterazione nella struttura del rapporto che scende dal contratto di lavoro; perciò è a chiedersi come si vorrà accettare e spiegare la destinazione totalmente altruistica del lavoro consistente in un servizio. Se questo carattere è qui innegabile, perchè rifiutarlo laddove il risultato è materiale? Questo prova l'unilateralità di certe dottrine giuridiche che risentono troppo davvicino e con troppa superficialità di esame critico l'influenza di dottrine economiche necessariamente unilaterali, perchè fondate sul presupposto del lavoro cosiddetto produttivo.

In realtà questa teoria ⁵⁾ presuppone il fenomeno del lavoratore che crea, che produce, essa non è che un tentativo di dare giuridica consi-

¹⁾ *Principes d'Economie*, 1911, p. 1907.

²⁾ Cfr. su ciò appr. n. 65.

³⁾ Cfr. appr. num. 56 sg., e in ispecie, quanto alla teoria dello CHATELAIN, appr. n. 60: rinvio quindi senz'altro a quanto esporremo ivi succintamente.

⁴⁾ Esplicitamente in questo senso il GENY, op. cit., p. 342, che ritiene quindi inapplicabile questa teoria ai lavori agricoli.

⁵⁾ Abbiam visto che questa teoria è stata accolta anche tra gli scrittori di di-

stenza a un concetto molto diffuso tra gli economisti, ai quali (e lo vedremo meglio più avanti) è possibile sintetizzare tutta una complessa situazione economica, abbracciando fenomeni successivi che invece il giurista deve isolare e tenere distinti, limitandosi ad un'indagine più analitica. Ora, ciò io osservo in linea generale, guardandomi bene dall'esaminare se in questo caso quella teoria economica, che vede nel salario il prezzo della rinuncia alla divisione del prodotto, sia accettabile, ciò che io non propenderei tuttavia ad ammettere. Comunque, queste formule economiche non vanno ad ogni modo prese troppo alla lettera, giuridicamente. Invece lo Chatelain l'ha fatto e ha fatto male.

Per arrivare a una giustificazione giuridica egli ha dovuto farsi eco di tutta una corrente economica e filosofica che l'ha preceduto ¹⁾ e che ha mirato a riconoscere al lavoratore il diritto al suo prodotto. Su tale argomento non intendo qui insistere, perchè mi condurrebbe troppo lontano ²⁾. Ricorderò solo come quell'eco sia tra i conati del recente neo-socialismo giuridico, una nuovissima evoluzione dottrinale del socialismo che ama esprimere i propri principî mediante formule e costruzioni giuridiche. Ora, si capisce che un giurista non possa che compiacersi di questo ricorso alla fenomenologia in mezzo a cui vive: ma il male è che si tende a far mal governo di questo mondo di fe-

ritto (esplicitamente ad es. il BETOCCHI, *Il contratto di lavoro*, Napoli, 1897, p. 20). Aggiungo qui che essa ha anche influito inconsciamente su alcuno di essi. Così ad es. il DE-GREGORIO, *Contratto di edizione* (1913), p. 94, esclude che il contratto di edizione sia contratto di lavoro: perchè (tra l'altro) non si saprebbe spiegare per tal via, come l'editore (debitore del lavoro) acquisti il diritto sull'opera dell'ingegno. Ora, o io non ho inteso bene questa obbiezione, o questa ricorda un pochino la tendenza recente a disconoscere un fatto tanto naturale come è la deviazione degli effetti economici del lavoro (quindi anche della riproducibilità dell'idea artistica, ecc. contenuta nella cosiddetta proprietà letteraria) da chi lavora a colui per cui il lavoro è fatto: e ciò in virtù del contratto, cioè (se vi è retribuzione) del contratto di lavoro. Su questo argomento del diritto d'autore torneremo ancora, poco appresso. Ad ogni modo, come si capisce, gli echi di questa teoria sono assai più evidenti nella dottrina economica. Ricorderò ancora il CONTENTO, *La teoria del salario*, p. 12, che definisce il salario come la quota di partecipazione al valore del prodotto futuro anticipato dall'imprenditore.

¹⁾ È a notare soprattutto che lo CHATELAIN non ha detto nulla di sostanzialmente nuovo, quanto alla materia economica della sua teoria. Basti consultare, ad esempio, il SAX, nella *Bibliot. dell'Econom.*, V, vol. 15.^o, p. 175 sg. che più avanti ricorderemo ancora, a proposito del lavoro-merce.

²⁾ Ricorderò qui tra gli altri il POULETT SCROPE (in *Bibliot. dell'Econom.*, I, 8, p. 647) per cui il lavoratore trasformando una cosa, ha aggiunto il proprio lavoro, ed è perciò proprietario della cosa. « Il lavoro essendo l'incontestabile proprietà del lavoratore, nessuno fuori di lui può avere un diritto a ciò cui egli l'ha aggiunto ». Così anche il LOCKE, *Del governo civile*, ivi cit.

nomeni e di formule giuridiche. Come osserva benissimo lo HITIER ¹⁾ è tutto un « lavoro di definizioni e uno sviluppo di regole in vigore chiamate poco a poco a far posto a regole ispirate a principi affatto opposti ». Si è detto che il giurista è conservatore per eccellenza e che la tradizione impera su lui tirannicamente. In gran parte ciò è vero, e forse è più un bene che un male. Certo è che bisogna risolutamente opporsi a quest'opera di sovvertimento dei principi giuridici: di quest'opera è un esempio insigne la teoria dello Chatelain, così come ne è un altro la recente teoria dell'interpretazione libera di cui si è fatto paladino il Geny ²⁾. Lo Chatelain non ha dimostrato il fondamento giuridico della sua teoria; si intende che alludo qui al suo fondamento giuridico per l'attuale diritto costituito, poichè qui non intendo fare un esame deontologico e sociologico della questione: qui mi oppongo a Chatelain interprete del Codice civile. Certo, il lavoro nel sistema nostro giuridico può essere titolo d'acquisto del diritto di proprietà: e nessuno l'ha meglio lumeggiato del Simoncelli ³⁾. Lo è ad es. nella specificazione. Ma anzitutto qui è intervenuta la parola della legge, a chiarire gli effetti giuridici; poi non sempre il lavoro qui è titolo d'acquisto, ma può esser preferita la proprietà della materia se notevolmente prevalente.

Ma appunto lo Chatelain in sostanza generalizza il principio filosofico-giuridico che è a base della specificazione; qui è il lavoro che muta la forma alla cosa per modo che di essa muti radicalmente la specie: è la *res nova*, di fronte alla quale sorgeva il dubbio in diritto romano a chi appartenesse, appunto perchè cosa nuova. Ora, nella stessa guisa, dice lo Chatelain ⁴⁾, quando alla materia somministrata dal creditore del lavoro e di sua proprietà indubbiamente si è aggiunto il lavoro formato dal debitore, abbiamo una terza cosa, che nulla ha a che fare nè colla materia somministrata dal creditore del lavoro a sè solo, nè col lavoro pure a sè solo considerato. È la *species nova* a cui — continua lo Chatelain — debbono applicarsi i principi del diritto comune quanto all'acquisto della proprietà, cioè essendovi una cosa nuova il vecchio regolamento giuridico cade, e tanto l'imprenditore

¹⁾ In *Revue d'Econ. polit.*, 1906, p. 345 seg. Progredire sì e sempre; vivificare il diritto al soffio della modernità certamente. Ma il metodo prescelto dalla recentissima scuola francese non è « un modo di lavorare al progresso del diritto », come ritiene CHATELAIN, *De la nature*, ecc., p. 73, ma un modo per alterarlo!

²⁾ Dissento dallo HITIER, tuttavia, che vede un'altra esplicazione erronea nella teoria della responsabilità oggettiva. Io l'ho altre volte sostenuta, e non credo proprio che vi si debba vedere del sovvertivismo giuridico!

³⁾ In *Rivista ital. p. le scienze giurid.*, VI (1888). Il lavoro è titolo d'acquisto indubbiamente nell'economia isolata; non lo è senz'altro quando la materia prima sia stata già accaparrata, salvo, sempre, le regole della specificazione.

⁴⁾ In *Revue trimestrielle*, 1904, p. 320.

che il lavoratore acquistano un nuovo diritto di proprietà, un acquisto a titolo originario evidentemente, perchè la proprietà sul prodotto del creditore del lavoro non sarebbe la continuazione del diritto di proprietà che prima gli spettava sulla materia. Quel che importa (sempre secondo lo Chatelain) è che anche il lavoratore acquista un diritto di proprietà nei limiti del lavoro, e in virtù del lavoro: un diritto di proprietà necessaria, come spiega il Geny, un diritto originario.

È difficile intonare una costruzione giuridica a un diletterismo giuridico più fecondo di errori di quello che ha fatto lo Chatelain, che in ciò è stato seguito dal Geny; il quale veramente osserva come lo Chatelain non abbia fatto un'applicazione sempre esatta di principi giuridici: anch'egli però cade nel medesimo errore fondamentale.

Si dice che con quel regolamento giuridico si applicano i principi del diritto comune. Proprio? Lasciamo da parte qui la questione se nell'ipotesi di cui all'art. 468 il proprietario della *res nova* conservi il precedente diritto di proprietà o ne acquisti uno nuovo. Prescindendo dall'osservazione già fatta che per la specificazione la legge ammette che tutta la cosa nuova appartenga all'artefice solo se la mano d'opera ha un valore assai superiore a quello della materia, va qui soprattutto notato che la legge non conosce un regime di comproprietà, o di proprietà limitata comunque a favore dell'artefice e del proprietario della materia contemporaneamente. E la tendenza è pur sempre che la proprietà sia del proprietario della materia ¹⁾.

Applicando questi principi del diritto comune, come la nuovissima scuola pretende fare, dovremmo riconoscere a favore del lavoratore un diritto di proprietà del prodotto solo a condizione che si tratti della proprietà di tutto il prodotto; e che il valore del lavoro sia di gran lunga superiore a quello della materia. Cosicché colla prima di queste condizioni la tesi dello Chatelain, a volerla prendere alla lettera, risulta inaccettabile, poichè parrebbe assurdo ritenere che l'operaio possa trattenersi il prodotto, e pagare un indennizzo all'industriale. Sarebbe un bel caso!

¹⁾ Non basta dunque il nesso di causalità necessaria per giustificare — oggi, si intende, in base al nostro diritto positivo — il principio che il lavoro, senza di cui un prodotto non sussisterebbe, sia titolo d'acquisto della proprietà. E ciò, si noti, anche per la specificazione: dove è solo il lavoro notabilmente superiore alla materia che assorbe la proprietà del tutto, e quindi nello sfondo la tendenza è pur sempre la prevalenza della proprietà della materia. Un criterio logico affine è quello con cui il compianto FERRINI spiegava il prevalere della proprietà della materia, cioè il principio dell'« attrazione del dominio », per cui, ad es., il proprietario di un fondo ne acquista i frutti perchè senza il fondo non vi sarebbero i frutti. Ma allora ammettiamo anche quel principio dell'attrazione per il lavoro, come vuole lo CHATELAIN, perchè senza lavoro non vi sarebbero prodotti, o, come osserva il PEROZZI, riconosciamo la proprietà a chi gettò il seme, per la medesima ragione.

Eppure a questa illazione estrema lo Chatelain è proprio arrivato ¹⁾. Se il valore del lavoro prevale, dice, gli operai potrebbero essere proprietari di tutto il prodotto e quindi essere liberi o di conservarlo oppure di venderlo a terzi, rimborsando all'industriale il valore della materia prima; oppure di rinunciarvi, vendendolo all'industriale. Dove si vede a quali aberrazioni possano condurre un punto di partenza deformatore del diritto vigente, e il preconetto: come se un contratto incanalatore dell'attività del lavoratore mancasse! Naturalmente lo Chatelain non può dimenticare che vi è pure per parte dell'industriale un rilevante lavoro di organizzazione dell'impresa che va remunerato; non pare invece avverta per parte dei capitalisti il prestito del denaro, che pure va compensato. Perciò autorizza (gran mercè!) gli operai a pagare all'industriale un equo compenso per le sue prestazioni. Ed ecco i termini rovesciati: l'industriale asservito agli operai, e che lavora per essi. Non occorrerà forse ch'io rilevi che oggi l'assetto economico è certo su basi ben differenti!

Del resto, che sia da escludere, anche teoricamente, il concorso di più proprietà sul prodotto del lavoro, è provato anche da qualche indice legislativo. Infatti l'unico rapporto che interceda tra il lavoratore e il prodotto, dato il sistema economico-giuridico dell'estraneità del lavoratore all'azienda di chi lo impiega, e quindi al prodotto, è solo, limitatamente ad alcuni casi, il rapporto reale di garanzia in forma di privilegio (i salari delle persone di servizio negli ultimi sei mesi della vita del debitore, la mercede per lavori di coltivazione, per il lavoro di conservazione e miglioramento dei mobili, ecc.; cfr. art. 1956, 1.º; 1958, 5.º, 7.º, 8.º; art. 773 Cod. comm. n. 1 e e forse anche il n. 3). Ora, questo rapporto non riguarda una parte sola delle cose, che in quei casi presuppongono materia fornita dal creditore del lavoro, nè tanto meno il plusvalore determinato dal lavoro, ma tutta la cosa.

Colla seconda condizione ad ogni modo (che cioè il lavoro sia notevolmente superiore al valore della materia), anche prescindendo dalla prima, la tesi dello Chatelain sarebbe limitata entro confini molto angusti; anzi, la maggior parte dei lavoratori sfuggirebbe al beneficio di quella teoria.

Del resto lo stesso Chatelain, per coonestare in qualche modo questa indebita estensione di principi che non figurano affatto a proposito della specificazione, esce a dire che il lavoratore acquista il diritto originario di proprietà sulla « cosa complementare dovuta al lavoro », che sarebbe appunto la parte nuova, la modificazione che in virtù del lavoro fu aggiunta alla materia. Risultato del lavoro sarebbe dunque

¹⁾ In *Revue socialiste*, 1907, p. 208.

una specie di unione di due cose appartenenti a diversi proprietari, e per cui, con un po' di buona volontà, si può pervenire a un regime misto che ad ogni modo non sarebbe se non quello della comproprietà. Prescindiamo pure dalla constatazione preliminare che non sempre il lavoro modifica la forma della materia prima ¹⁾: questo è certo il caso più frequente (pel lavoro « industriale »), ma non si verifica sempre; oppure la forma nuova è così poca cosa, che, nell'uno e nell'altro caso, si può rimanere perplessi, secondo la teoria dello Chatelain, circa l'entità del diritto di proprietà da riconoscere all'operaio. Ma soprattutto quel ch'io non posso ammettere è che si abbia a concepire come cosa, sia pure complementare, quello che non è se non « forma », cioè un puro modo di essere della materia ²⁾.

Lo Chatelain però ha sentito il bisogno (indotto a ciò probabilmente dalla critica) di giustificare altrove ³⁾ più dettagliatamente questo concetto. Scrive adunque lo Chatelain che una cosa può dividersi non solo nelle sue parti, ma anche nei suoi elementi; si può cioè staccare una delle sue qualità, dei suoi stati, dei suoi attributi dal cui complesso risulta la cosa ⁴⁾. Infatti alcune qualità possono cessare; altre aggiungersi *ex novo*. Avremmo quindi la separabilità di due cose indipendenti (forma, colore, ecc.). La forma, il colore, staccate dalla cosa cui si riferiscono, e rese indipendenti? Ma sono astrazioni trascendentali ben lontane dal campo pratico e positivo del diritto! Lo Chatelain cita ad es. gli elementi chimici di una pianta che possono separarsi ⁵⁾. Sì, non occorre che un processo chimico o meccanico che disintegri la sostanza; e ciò si può sempre fare. Ma provatevi un po' a staccare (isolandola...) la forma da una cosa!

Il vero è che, data l'inseparabilità, checchè ne pensi lo Chatelain, non è possibile concepire la possibilità di un autonomo diritto di proprietà su certe qualità della cosa, come la forma, ecc. Poichè un diritto autonomo di proprietà presuppone (e lo vedremo meglio più avanti) che la cosa sia pure autonoma fisicamente. Perciò non vi ha diritto autonomo di proprietà sulle parti integranti, sui frutti pendenti, sul lavoro dell'uomo ⁶⁾. Possiamo, al più, immaginare un di-

¹⁾ SUPINO, *Econ. polit.*, p. 47.

²⁾ Il lavoratore, elaborando la materia prima somministratagli, imprime ad essa un maggior valore. Ma certo sul *plus* valore non è concepibile un diritto di proprietà, come non lo è in genere sul lavoro. Le osservazioni dello stesso CHATELAIN al riguardo (in *Revue critique de législat. et de jurispr.*, 1906, 105 seg.) sono esatte.

³⁾ Nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906, p. 115 seg.

⁴⁾ Qualcosa di simile ha sostenuto anche il CARNELUTTI, in argomento di cui ci occuperemo diffusamente: se, cioè, il lavoro umano si possa considerare come merce, o cosa in senso giuridico. Cfr. *appr.* n. 169.

⁵⁾ *Op. cit.*, p. 116.

⁶⁾ Veramente un concetto affine a questo dello CHATELAIN è stato espresso

ritto di comproprietà sull'operaio in favore di tutta la cosa, ma nei limiti intensivi (cioè quanto alla quota) dati dall'effetto utile del lavoro. -

25. Dunque la dimostrazione della preesistenza di un diritto (primordiale?) di proprietà al lavoratore è mancata: lo stesso Chatelain, a corto d'argomenti, non si perita di ragionare colla più bella petizione di principio che si possa immaginare. Vende l'operaio? Sì, dunque aveva la proprietà¹⁾. Argomentazione che lascia perplesso il lettore, il quale non capisce bene se lo Chatelain, che pure è ingegno arguto, abbia voluto canzonarlo. E ancora non basta il richiamo a un elemento di società, quindi di eguaglianza giuridica, insito nel contratto di lavoro; e neppure l'affermare che questo diritto naturale di proprietà è oggi universalmente riconosciuto, che è il grido della coscienza popolare²⁾. Lasciamo andare queste universalità di riconoscimento; qui io discorro non per l'avvenire, ma per ciò che è il diritto attuale. E soprattutto per ciò che è il diritto positivo attuale, che è quello che più importa, e lo riconosce lo stesso Chatelain²⁾.

Ma quanto al carattere associativo, che io assolutamente non ammetto nell'odierno contratto di lavoro, non è certo necessario introdurlo a forza in questo rapporto per spiegare l'eguaglianza giuridica delle parti (almeno astrattamente), che del resto, quanto alla proprietà del prodotto, è sconfessata dallo stesso contratto. Il quale (ed è ciò che lo Chatelain disconosce) disciplina senz'altro l'attribuzione della proprietà del prodotto che rimane al creditore del lavoro: ciò rende superflua l'indagine circa la natura del modo d'acquisto della proprietà

dal BIANCHI (*Corso di cod. civ. it.*, IX, 3, p. 634), per cui la produzione del lavoro, cioè l'elemento nuovo che può avere accresciuto notevolmente il valore della materia, va considerato razionalmente come avente una esistenza sua propria fisica e come tale incorporata alla materia, di cui fu formata una specie nuova. Ciò, si badi, per giustificare il concetto della specificazione come forma di accessione, cioè di cosa nuova alla materia. Ma il vero è che è una spiegazione anche questa che spiega poco; evidentemente il POTHIER (*Propriété*, n. 181 sg.) concepì qui l'accessione in un senso molto lato. Certo non è questo il luogo più razionale del Codice per discorrere della specificazione.

¹⁾ *De la nature du contrat*, ecc., p. 55.

²⁾ Lo CHATELAIN invoca infatti l'equità naturale, e la parafrasa (op. cit., p. 40) dicendo: si tratta di un calcolo di valori proporzionali. Nel contratto di lavoro sono in presenza due economie, due pretese, due diritti in competizione, bisogna dunque che l'assegnazione della proprietà sia fatta in modo che tutti questi diritti siano rispettati (p. 41). « Ognuno ha naturalmente diritto al frutto del suo lavoro ». Dunque: equità, diritto naturale, giustizia distributiva. Va bene: ma quando la situazione è disciplinata da un contratto, nel sistema nostro giuridico, tutte queste cose perdono ogni valore, salvo quanto all'equità, che può integrare le lacune del contratto (art. 1124). E si noti che l'equità naturale disciplina (articolo 463) l'accessione mobiliare quando accessione vi sia: ciò che presuppone la mancanza di accordi speciali tra le parti.

della *res nova* (quando lo è!). La specificazione infatti presuppone che manchi un regolamento contrattuale che disciplini il rapporto: questo è il presupposto necessario dell'art. 470. Quando il contratto esista, e sia in virtù di esso che al lavoratore viene consegnata da altri una data materia da elaborare, anche che « la mano d'opera fosse tanto pregevole da sorpassare di molto il valore della materia » non vi ha possibilità di dubbio alcuno sul regolamento giuridico della proprietà ¹⁾).

E del resto abbiamo un indice irrefutabile negli art. 1636 e 1637 (per tacer d'altro); per i quali qualunque sia il valore del lavoro, anche infinitamente superiore a quello della materia, quando questa è contrattualmente proprietà del committente, la proprietà della cosa rimane sempre presso il committente ²⁾). Quegli articoli non dicono in modo esplicito se la proprietà resti quella di prima o è nuova proprietà (dato che sia *nova species* col lavoro). Ma comunque è certo che il contratto, insomma, imprime al lavoro una destinazione esclusivamente altruistica, per ciò che concerne il risultato, il prodotto del lavoro ³⁾). I principi della specificazione non si spiegano, storicamente, e dogmaticamente, e razionalmente se non pel caso che un accordo manchi: « Se un artefice... abbia adoperato una materia che non gli apparteneva..... » sono parole che tradiscono quel presupposto. Perciò non è neppure accoglibile l'altro espediente con cui lo Chatelain integra la vacillante teoria di una vendita per giustificare questa esclusiva proprietà del creditore del lavoro: cioè l'acquisto che l'industriale faccia per accessione della quota di proprietà del lavoratore ⁴⁾). La proposizione di questo espediente è davvero curiosa: come si accorda con il nocciolo fondamentale della teoria dello Chatelain? Perchè allora dimostrare così enfaticamente il principio del lavoro come modo di

¹⁾ Il GENY a questa obbiezione risponde che si tratta di obbiezione semplicista, senz'altro aggiungere. A me, veramente, pare semplicista la difesa del GENY! Del resto il fr. 7, § 7, 41, 1 di GATO (su cui appr. p. 84 nota 1) conferma quanto è asserito nel testo. *Suo nomine* in quel frammento indica appunto che manchi un incarico. E così è per tutte le regole dell'accessione, anche immobiliare (la quale, ad es., può essere eliminata dal contratto che crei la proprietà superficiaria). Col testo la Corte di Milano, 1.º ottobre 1912, *Foro it.*, 1913, I, 1155, che ancora ricorderemo nella citata nota.

²⁾ Anche secondo GLÜCK (*Pandette*, h. t., p. 335) il locatore *operis* non acquista, per specificazione, la proprietà dei prodotti elaborati su materia a lui affidata. E si noti, anzi, che anche se l'artefice avesse in buona fede adoperato materia del committente, credendola propria, la cosa non muta: e sì che il lavoro preponderante qui sarebbe suffragato dalla buona fede. Ciò sempre per la alienità contrattuale del lavoro, o, meglio, del risultato del lavoro.

³⁾ Questo osserva anche il CARNELUTTI, *Rivista di dir. comm.*, 1910, II, 436 e 1913, I, 390, contro lo CHATELAIN. E questo è infatti il fulcro della critica alla teoria singolare di questo autore. Però non occorre risalire a un ipotetico diritto assoluto sul lavoro, come altrove fa lo stesso CARNELUTTI. Cfr. appr. n. 173.

⁴⁾ *De la nature du contrat*, ecc., p. 60.

acquisto della proprietà, e che bisogno di dimostrare il principio associativo, quindi di eguaglianza contenuto nel contratto di lavoro?

Senza aggiungere, poi, che l'accessione non integra, ma esclude una vendita che l'operaio faccia della sua proprietà; se vediamo la proprietà nell'operaio, allora o si deve ammettere la vendita, ed escludere la accessione; o ammettere questa e escludere quella. Se vi è vendita che posto resta per l'accessione? E infatti lo stesso Chatelain, contraddicendosi ¹⁾, conclude che se si rigetta la vendita (e sta benissimo) come modo d'acquisto della proprietà del *plus valore* per parte dell'imprenditore, bisogna ricorrere all'accessione.

In sostanza, non si capisce perchè lo Chatelain neghi al contratto la possibilità di disciplinare la pertinenza della proprietà del prodotto che sarà formato ²⁾, o, per essere più esatti, vi riconosca tale possibilità solo per la via tortuosa che poteva essere un'espressione enfatica, ma forse tollerabile, in bocca ad economisti; ma certo è inammissibile se usata e suffragata da un giurista, il quale con ciò escluda a priori che per virtù del contratto il somministratore della materia, creditore del lavoro, non possa implicitamente riserbarsi la proprietà della cosa anche attraverso la sua più o meno sostanziale trasformazione che subirà mercè il lavoro. Non basta opporre che col lavoro la cosa si trasforma, diventa una *species nova* ³⁾; che quindi « necessariamente » inizia una nuova fase giuridica, una nuova pertinenza di proprietà. Ripetiamo che come il contratto di lavoro può operare trasferimento di proprietà della materia prima ⁴⁾, così è pos-

¹⁾ Op. cit., p. 64.

²⁾ Il socio di industria ha diritto alla comproprietà dei beni sociali (art. 1717 cap.), ma ciò è perfettamente conforme alla struttura del contratto di società; non è argomento valido pel contratto di lavoro.

³⁾ Il che è vero, e mancando un precedente regolamento della proprietà, secondo un'opinione che qui non intendo discutere, conduce o può condurre all'acquisto di un nuovo diritto di proprietà per occupazione. Cfr. BECHMANN, in *Archiv für die civil. Praxis*, 47.^o, p. 39-40, il quale nega che a base del diritto romano su questo punto stesse la lotta tra capitale e lavoro.

⁴⁾ Così è il grossista che somministra all'industriale e all'artigiano la materia prima; è l'artefice (il debitore di opera, di lavoro autonomo) che somministra al committente la materia prima, oltre al lavoro. Volendoci limitare al primo caso vediamo che chi organizza l'elaborazione (l'industriale) acquista la proprietà; mentre questa è negata all'operaio che imprime il lavoro per l'industriale. Ora, ciò è conseguenza dell'accordo contrattuale: l'industriale elabora la materia per sè; l'operaio l'elabora per l'industriale. Il contratto, in ambo i casi, non fa che corroborare e attuare l'assetto economico della produzione industriale a impresa capitalistica. Questa ha funzione organizzatrice e accentratrice, sia di fronte al capitale, come alla materia prima, e come alla mano d'opera. Negare quindi quell'efficacia all'accordo contrattuale varrebbe disconoscere la tutela giuridica di questa organizzazione economica, il che potrà essere un ideale socialista, ma non è diritto positivo.

sibile che la proprietà resti immutata, benchè la cosa, per assunzione di nuova forma, diventi una *nova species*.

Certo a questo risultato si potrebbe anche più facilmente arrivare se si concepisse come oggetto della proprietà puramente la sostanza o la materia di cui è composta la cosa: questa, infatti, rimane intatta, almeno qualitativamente, malgrado l'elaborazione. Ma se anche, come io ritengo, si ritiene collo Chatelain¹⁾ che oggetto del diritto di proprietà non è la sostanza puramente, ma la sostanza con tutte le altre qualità o stati o attributi (es. forma, colore, ecc.) che valgano a identificare la « specie » (mutando uno di questi elementi, muta la specie, abbiamo una cosa nuova), il risultato, dato il preesistente regolamento contrattuale, non muta.

26. Ammesso anche questo acquisto di proprietà a che cosa esso si riduce, se proprio nell'atto della stipulazione del contratto abbiamo la vendita che ne fa il lavoratore, il futuro acquirente, all'altra parte?²⁾ La alienazione di un diritto non ancor nato? Evidentemente questo è un assurdo giuridico: non si aliena se non ciò che esiste tuttora nel patrimonio dell'alienante. Si avrebbe dunque puramente la rinuncia attuale³⁾ a pretendere un diritto di proprietà quando in origine sorgerà il prodotto: un atto unilaterale che avrebbe però per effetto la conservazione immutata del diritto di proprietà integrale nell'altra parte: o, se si vuole, la sua espansione automatica, postochè si voglia

¹⁾ *Revue crit. de lég. et de jurispr.*, 1906, p. 108.

²⁾ Il BROCARD (nel *Bulletin de la Société des études législatives*, 1906, pag. 361) sostiene che l'obbligo di pagare subito la mercede è corrispettivo della rinuncia a parziali benefici dell'impresa. Il che è esatto, ma non sottintende già che proprio preesista la comproprietà, pel lavoratore, del prodotto. Teoricamente si danno due vie al lavoratore che non abbia mezzi propri di produzione: o la divisione del prodotto, o un'anticipazione di capitale (del capitale accumulato con una precedente produzione) in forma di salario. Che si scelga questa via vuol dire che si rinuncia a quella, ma non già nel senso che proprio quella via sia primieramente imposta da una comproprietà del prodotto pel lavoratore.

³⁾ Questa costruzione ricorda quella che fu proposta per la concessione di edificare sul suolo proprio perchè l'edificante acquisti la proprietà superficaria dell'edificio. Chi sia pervaso dall'idea che sia fatale oggi ancora l'accessione dell'edificio al suolo dirà che, una volta eretto l'edificio appartiene per accessione al proprietario del suolo, il quale però contemporaneamente lo aliena all'altro. Tra questo caso però e quello che ci interessa vi è questa differenza: che nel primo sussiste veramente una tendenza all'accessione al suolo, quindi vi è una rinuncia per parte del proprietario concedente a questa accessione (COVIELLO N., *Trascrizione*, II, p. 232); invece la tendenza all'acquisto della proprietà per parte di chi lavora per altri su materia altrui non c'è, e qui una rinuncia a siffatto acquisto (una rinuncia quindi come elemento del contratto di lavoro) non sussiste, per parte del lavoratore. Questo, almeno da un punto di vista giuridico, mi pare indubbio. Anche il BODEUX, *Etudes sur le contrat de travail* (1896) ammette che col contratto nostro « le travailleur renonce à la liquidation des profits »; p. 379.

proprio distinguere la materia e le qualità nuove che il lavoro vi ha aggiunto. L'indennità per questa rinuncia sarebbe il salario ¹⁾).

Su questo punto, prescindendo dalle giustificazioni di questo possibile diritto di proprietà nel lavoratore, sorge qui naturale la domanda, quale possa essere la pratica importanza di fondare tutta una artificiosa costruzione su un diritto di proprietà che il lavoratore, stante il contratto, non ha neppure la speranza di veder nascere: è una curiosissima costruzione, almeno da un punto di vista logico, perchè il suo perno è dato da un elemento inafferrabile, che si ammette esistente e contemporaneamente viene riassorbito e annientato per un fatto che è anteriore a quello che ne dovrebbe determinare la nascita: un diritto di proprietà insomma che assomiglia un pochino all'araba fenice.

Il GénY scrive ²⁾ che l'importanza pratica se ne potrebbe dare in caso di contratto di lavoro nullo, ma tuttavia eseguito dal debitore del lavoro. Per tal caso i più ritengono che, nullo il contratto, la reintegrazione del lavoratore si dia sotto forma di indennizzo (o compenso ³⁾) pel lavoro prestato: invece colla teoria dello Chatelain il lavoratore avrebbe diritto alla proprietà della cosa, o, più esattamente, a una parte della proprietà della cosa. Invece non è esclusa una terza teoria, secondo la quale questo caso andrebbe risolto puramente al lume dell'istituto della specificazione. Sulla sua applicabilità in tal caso non è però questo il luogo di discutere.

Un'altra applicazione pratica starebbe nelle conseguenze che a filo di logica lo Chatelain potrebbe ricavare dalla sua teoria, e che infatti quello scrittore arguto e paradossale (che ha stemperato la sua teoria un po' dappertutto su per le riviste francesi) ha indotto ³⁾. Se vi è vendita, è giusto che l'operaio sia illuminato circa l'ammontare del prezzo dovuto a lui sotto forma di salario: perciò ne deriverebbe il diritto dell'operaio a richiedere dall'industriale l'esibizione dei registri e documenti, e di quant'altro possa servire a calcolare esattamente il prezzo di vendita dei prodotti, gli utili, ecc. ⁴⁾; e in genere

¹⁾ Cosicchè la teoria dello CHATELAIN può essere sintetizzata, come fa appunto il GENY, op. cit., p. 338, con questo dilemma: diritto originario o alla proprietà o a una indennità. Eliminando il diritto alla proprietà resterebbe quello che è indubbiamente vero: il diritto pel lavoratore a un compenso pel proprio lavoro. Se questo deve essere il risultato veramente utile e pratico di quella teoria, ci si poteva arrivare per vie molto più piane e senza troppe contorsioni costruzionistiche.

²⁾ Op. cit., p. 339.

³⁾ Nella *Revue socialiste*, 1907, p. 196.

⁴⁾ Lo CHATELAIN, senza bisogno di arrivare a questa oggi intollerabile limitazione dell'autonomia industriale, avrebbe potuto limitarsi al prezzo sul mercato dei prodotti elaborati dagli operai. E di vero c'è che, infatti, il prezzo sul mercato dei prodotti influisce sul tasso dei salari, benchè le oscillazioni di quello siano ben più gravi del fluttuare del tasso dei salari. Ma in ciò non vi è nessun conforto alla tesi dello CHATELAIN.

la comunicazione di tutte le informazioni utili all'operaio quando si tratta di rinnovare il contratto di lavoro, allo scopo di modificare eventualmente la tariffa dei salari. Ora, non è escluso che in un più o meno lontano avvenire si possa giungere anche a ciò, dando magari ragione a coloro che ritengono il salario dipendere dal prezzo che i compratori possono o vogliono pagare pel prodotto elaborato dall'operaio ¹). Certo è, però, che è una dottrina in stridente contraddizione colla struttura praticamente osservata e praticata oggi del contratto di lavoro: informata, ripetiamo, al completo assorbimento del prodotto del lavoro per parte del creditore a cui è prestato e destinato. L'influenza del prezzo di spaccio dei prodotti sui salari è certa, ma solo quanto alla formazione iniziale: giuridicamente il salario è un *forfait* inalterabile finchè il contratto di lavoro perdura.

Inoltre va osservato che quella rinuncia non entra a far parte del contratto di lavoro, ma al più ne rimane un motivo anteriore: il risultato del quale sarebbe adunque un contratto mercè il quale il lavoratore attribuisce tutto il prodotto all'altra parte, e pattuisce per questo lavoro un compenso: appunto perchè non sussiste la pretesa a una futura proprietà di una parte del prodotto, il lavoratore col contratto di lavoro imprime alla propria attività una destinazione esclusivamente altruistica. In fondo questo e non altro è il risultato effettivo della costruzione, anche nelle pagine dello Chatelain, specialmente laddove osserva che il prodotto industriale è indivisibile, e quindi l'imprenditore solo lo trattiene integralmente ²). Questa è la migliore negazione di quel diritto di proprietà nel lavoratore sbucato non si sa di dove, probabilmente l'eco di una concezione che vede nella produzione a regime economico-giuridico associativo (con divisione del prodotto in natura) il sistema fondamentale, primordiale, basilare ³); di fronte a cui la produzione a salariato non sarebbe che una sovrapposizione artificiosa e coatta. Non è mio compito il diffondermi qui: mi limito a ricordare come oggi questo regime di produzione a base associativa — come a suo luogo constateremo più diffusamente — domini quasi esclusivamente nel campo dell'agricoltura,

¹) Cfr. SUPINO, *Il capitale salari* (Estr. dagli *Studi Senesi*. 1900), p. 7.

²) Per giungere a questo risultato ultimo che è quello veramente accettabile, non metteva veramente conto di sovvertire i principi giuridici. Cfr. GERMAIN, *Contrat de travail*, p. 95.

³) Si potrà per l'avvenire desiderare che il lavoratore abbia ad esser partecipe della proprietà dei prodotti; ma intanto l'avere lo CHATELAIN premessa la considerazione di questa differenza oggi, tra i lavoratori che nulla acquistano e l'industriale di cui la proprietà si accresce, fa nascere il sospetto, che è forse certezza, di un apriorismo preconettuale compenetrante tutta la dimostrazione che della sua teoria ha tentato lo CHATELAIN.

mentre in quello dell'industria non ha che scarse manifestazioni. Ora, se il diritto è un riflesso del sistema economico vigente, di cui non è che una rete di sicurezza, è chiara l'illazione che la concezione fondamentale dell'« acquisto per parte del lavoratore e mercè il suo lavoro » di un diritto di proprietà a una parte del prodotto sia estranea al vigente sistema giuridico, così come lo è — come tale, cioè come principio fondamentale — al vigente regime economico.

Infatti (e in ciò sta anche la nostra conclusione) l'odierno assetto economico-giuridico della produzione, dal punto di vista del lavoro, è essenzialmente imperniato su ciò che si suol chiamare lo « scambio del lavoro contro mercede »¹⁾. Nulla di più naturale, quindi, della alienità della destinazione del lavoro, così come lo è per qualunque merce barattata (torno a dire che qui discorro del lavoro come merce solo a mera opportunità, e senza pregiudizio della questione se proprio lo sia), destinata ad altri, e cioè a soddisfare bisogni altrui, ofelima per altri. Non si capisce perciò perchè, proprio per il contratto di lavoro, un fenomeno così comune debba scandalizzare²⁾.

Dal fin qui detto si rileva una conseguenza che è bene affermare già sin d'ora esplicitamente: e cioè nel contratto di lavoro non vi è alcun elemento associativo, almeno quanto alla struttura giuridica del contratto: scambio, non associazione³⁾. Qui la cosa ci interessa dal punto di vista, del resto fondamentale, della destinazione di tutto il prodotto pel creditore del lavoro; che è la spiegazione più chiara e vera della negazione di ogni elemento associativo. È qui che l'esame economico può condurre a risultati differenti da quello giuridico. L'imprenditore assume i rischi della produzione, ad esso è destinato infatti tutto il prodotto del lavoro, e il compenso del lavoro lo paga lui, di sua tasca, anche prima di avere venduto i prodotti, e senza essere neppur sicuro di venderli⁴⁾. D'altra parte egli si rim-

¹⁾ Cfr. appr. n. 171. Il LEVIS pure osserva (*Allgemeine Volkswirtschaftslehre*, 1910, p. 144) che il fatto che il prodotto è dovuto al lavoro del salariato non porta che esso abbia un diritto (naturale o morale, dice il LEVIS) alla proprietà del prodotto: ritenere ciò significherebbe dimenticare l'organizzazione economica moderna a base di impresa capitalistica.

²⁾ O, per essere più esatti, si capisce anche troppo, quando si pensi che chi si scandalizza è, di solito, chi esagera la portata economico-giuridica di un fatto verissimo: cioè che, a differenza di ogni altro caso, il lavoro è inseparabile dall'uomo: se ne deduce che quindi l'asservire il lavoro all'utile altrui sarebbe asservire l'uomo. È un morboso sentimentalismo economico-giuridico, su cui torneremo a proposito della appartenenza del contratto di lavoro al tipo contrattuale della « locazione ».

³⁾ « Il contratto di lavoro non conduce, come credono gli ottimisti, ad un'associazione tra operai e imprenditori, che si dividono di buon accordo il risultato della produzione ». SUPINO, *Il capitale-salari* (in *Studi Senesi*, XVI-XVII), p. 13 dell'estratto.

⁴⁾ E questo l'operaio lo sa, nè desidera affatto che la cosa abbia a mutare (salvo,

borserà col ricavo della vendita. Ma appunto per ciò, se per una concezione molto larga e sintetica dell'economista si può dire che in definitiva agli operai va una parte del ricavo della vendita (tanto che gli economisti si sono posti il problema: quale parte del ricavo complessivo di tutta la produzione nazionale vada agli operai)¹⁾; d'altra parte da un punto di vista giuridico dobbiamo limitare l'indagine ai rapporti immediati tra operaio e imprenditore: e allora si capisce che la mercede non è un'anticipazione del prodotto, ma semplicemente il corrispettivo del lavoro prestato, appunto perchè fino a un certo punto le sorti della produzione toccano l'imprenditore, che ne ha la organizzazione a suo carico e quindi il rischio²⁾, non il lavoratore, che è estraneo alla fase successiva alla elaborazione del prodotto³⁾.

si intende, il pieno regime collettivista). Perciò non si può dire che la *species nova* sia stata creata dall'operaio *suo nomine*, cioè coll'intenzione di acquistare per sè. E perciò, secondo l'insegnamento di GAIUS, fr. 7, § 7, 41, 1 (che però il PEROZZI ritiene interpolato, in GLÜCK, *Pandette*, 41, p. 278), non si può neppure porre il problema della specificazione. Si noti poi che in fondo, posto che il rischio del lavoro è dell'industriale, che è lui che dirige il lavoro degli operai, i quali (per la locazione di opere) sono strumento dell'industriale, si può sempre dire che la elaborazione del prodotto è fatta dall'industriale nella sua sfera economico-giuridica. E allora si dovrebbe applicare il principio accolto pacificamente dalle due scuole dei proculeiani e dei sabiniani, per cui (GLÜCK, cit., p. 309) si applica la regola *quod ex re nostra fit nostrum fit*, qualora l'elaborazione sia fatta dal proprietario nella propria sfera economica. Lo dice anche il POTHIER (cit. n. 135), che in tal caso il lavoratore agisce per l'industriale ed è come se agisse questi, non avendogli l'operaio prestato che il braccio e l'opera sua. In tutto ciò concordo col REDENTI, il quale in una nota a una sentenza della Corte di Milano, 1.º ott. 1912, *Foro*, 1913, I, 1146, osserva che la questione se un artista di canto abbia o no diritto alla proprietà delle matrici dei dischi ricavate dalla società fonografica va risolta al lume del contratto di lavoro. Questo infatti disciplina l'appartenenza delle matrici, destinate, come destinato era tutto il risultato immediato del lavoro dell'artista, al creditore del lavoro, che era l'imprenditore: il centro assorbente delle utilità come dei rischi. E anche la Corte esprime questo concetto: non sono già da applicare qui le regole della specificazione, perchè la situazione è dominata dal contratto, in base al quale la proprietà del prodotto è acquisita all'imprenditore fin dal momento della produzione. Precisamente quello che sosteniamo contro lo CHATELAIN.

¹⁾ A ciò si ricollega la nota teoria del fondo salari.

²⁾ Si noti che colla teoria dello CHATELAIN l'opera dell'imprenditore non è più quella eminente di organizzatore della produzione; non sarebbe più che uno speculatore commerciale sulla differenza eventuale tra il prezzo pagato al lavoratore e al capitalista (col CLARK, cfr. sopra), e il prezzo ricavato dalla vendita del prodotto. Il CLARK lo chiama addirittura (p. 108) « un funzionario puramente commerciale ».

³⁾ LEVY, in *Allgemeine Volkswirtschaftslehre*, p. 141. Che questo sistema economico-giuridico sia il più opportuno per il ceto dei lavoratori sforniti di altra risorsa all'infuori del lavoro, si vedrà meglio scorrendo della distinzione tra locazione di opere e di opera.

Vedremo che ciò non è assoluto: le sorti dell'impresa esercitano una quantità di reazioni sul contratto di lavoro, creando un nesso che si esagerò sino a vedervi un fenomeno associativo.

Abbiam voluto riaffermare sin d'ora (salvo riparlarne più avanti) questa che è una caratteristica veramente tipica del contratto di lavoro per l'importanza grande che essa ha nella disciplina giuridica del nostro contratto. Nel quale vi è rapporto di scambio, cioè antitesi fondamentale di interessi, provvisoriamente sopita, ma sotto il velo dell'accordo perdurante sempre, più o meno.

27. Il concetto che abbiamo svolto sin qui, cioè l'alienità dello scopo diretto del lavoro, ha un'importanza pratica, per la soluzione di questioni pratiche, che a tutta prima non saltano all'occhio ¹⁾.

Quel concetto infatti conduce a ciò: se il destinatario del lavoro è una terza persona, cioè il suo creditore, vuol dire che il risultato utile, il prodotto di quel lavoro confluisce tutto a esclusivo vantaggio di questo destinatario; il lavoro per l'altrui utilità diretta porta a ciò che il destinatario possa utilizzare integralmente il risultato utile del lavoro. Però il problema assume un atteggiamento differente secondo che si tratti di lavoro tecnicamente subordinato o autonomo. Nel primo caso (opere) quel corollario spiega tutta la sua energia: abbiamo una quantità di energie di lavoro messe a disposizione del destinatario di esse, da lui guidate e dirette ai suoi fini. Perciò l'appropriazione dei risultati utili del lavoro è più completa ²⁾, che non quando

¹⁾ L'alienità teleologica del lavoro parrebbe dover condurre alla necessaria conclusione che non si dia mai il caso che il lavoratore compia atti che normalmente esprimano appropriazione del risultato del lavoro. Perciò, ad es., il DE-GREGORIO (*Contratto di edizione*, p. 94) nega che si possa raffigurare l'editore come conduttore d'opera (debitore di un *opus*): non è concepibile, se si ammette ciò, che l'editore abbia un diritto a compier il lavoro, e, anzichè attenersi alle istruzioni del creditore del lavoro (l'autore), possa informarsi al proprio interesse, alla pubblicità e alla diffusione dell'opera, e disciplinare qui la propria attività come gli pare. Insomma è inammissibile che l'editore, debitore del lavoro, lavori per sè anzichè per altri. Tuttavia qui vi è qualche equivoco. Se l'autore incarica l'editore di stampare e pubblicare un manoscritto, l'editore ha pur sempre diritto e dovere di spacciare le copie stampate, se il compenso egli lo percepisca solo dai terzi (acquisto delle copie). Sarebbe uno dei casi di cui di occuperemo a suo tempo, in cui una data utilità è destinata a terzi consumatori o utenti, a cui quindi si rivolge colui che elaborerà quell'utilità per i terzi, allo scopo di ottenere il compenso. Ivi riaccenneremo a questo caso. Cfr. appr. n. 160.

²⁾ Perciò l'operaio o l'impiegato vincolato da un contratto di lavoro a tempo, e non già a cottimo, debbono far confluire al capo dell'azienda tutta l'utilità dello spiegamento di energie da essi compiuto. Se perciò essi lavorano invece per conto loro durante le ore di servizio commettono certo una violenza dei loro obblighi. Secondo i provviri (ind. edil.) Milano, 27 nov. 1912, n. 133, in *Contr. di lav.*, 1913, 183, esso non giustificerebbe il licenziamento immediato, ma solo quello secondo gli usi. Francamente non riesco a capire che cosa si sia inteso dire, salvo ritenere che si sia detta una discreta inesattezza.

il lavoro è autonomo, e perciò destinato al creditore non è che un « determinato » risultato (opera). I risultati utili eventualmente diversi ricavati dal lavoro possono appartenere al lavoratore, nella cui sfera economico-giuridica cade completamente l'autonomo spiegamento delle sue energie di lavoro. È una distinzione fondamentale che anche qui proietta tutta la sua ragion d'essere.

Un esempio calzante è quello dell'invenzione industriale fatta dal lavoratore in occasione del lavoro fatto per altri. Appartiene all'autore? Oppure il diritto di brevetto spetta al creditore del lavoro? Dottrina e giurisprudenza tentennano. Ma per parte mia ritengo che il filo conduttore alla soluzione sia dato dal corollario che ora abbiamo posto in luce ¹⁾. Queste invenzioni non sono infrequenti, e ciò specialmente ad occasione del lavoro subordinato (o locazione di opere), dove il carattere frequentemente automatico del lavoro, conseguenza della sua divisione attuata oggi su larga scala nella grande industria, induce l'operaio a cercare di semplificare ancora più il lavoro a risparmio di tempo e di fatica. Del resto è questo uno dei vantaggi riconosciuti alla divisione del lavoro ²⁾.

Il punto decisivo, secondo che è ormai dai più riconosciuto, è questo: al destinatario va solo quel risultato utile della prestazione di lavoro che è stato incanalato verso di lui dal contratto di lavoro ³⁾. Cioè a dire non necessariamente qualunque utile risultato di esso ⁴⁾. Ora, rientra tra le mansioni del lavoratore di fare una invenzione? Evidentemente il caso normale è che non vi rientri ⁵⁾. Essa ha nel la-

¹⁾ Anche il CARNELUTTI consente in questo criterio di soluzione. *Rivista di diritto commerciale*, 1910, II, 436 sg.

²⁾ Cfr. LIESSE, *Le travail*, p. 169-170.

³⁾ Come dice bene il SETTI, in *Rivista di dir. comm.*, 1908, I, 270, « l'impiegato, il commesso e l'operaio non hanno... venduto il frutto del loro ingegno se non in quanto si esplica nell'esecuzione delle opere affidate ». Cfr. pure CARNELUTTI, cit. p. 439.

⁴⁾ Probabilmente è un'espressione che va oltre il pensiero dell'autore questa del GALIZIA (a proposito della questione accennata nel n. 28), per cui « ogni vantaggio economico nascente dalla prestazione d'opera si aggiunge al patrimonio del creditore della prestazione ».

⁵⁾ In questo senso Cassazione Roma, 25 giugno 1911, *Foro it.*, 1912, I, 17. L'operaio o l'impiegato non si impegna — normalmente — che a lavorare coi criteri tecnici normali, comuni: ma non a escogitare dei criteri nuovi che semplifichino o migliorino il lavoro. In caso diverso la soluzione muta. Questa è del resto giurisprudenza costante ormai in Germania; vedi SETTI, in *Rivista di dir. comm.*, 1906, I, 268. Io pratica, però, può sorgere difficoltà nel caso di un operaio (del quale, come poi si vedrà, non si può asserire che il compito sia pure di fare invenzioni) e che abbia fatto un'invenzione, ma solo in conseguenza diretta del lavoro cui è preposto, e specialmente delle istruzioni ricevute circa l'adempimento del suo lavoro. Per quanto manchi qui la missione ordinaria di attuare un lavoro inventivo, la giurisprudenza ammette che la proprietà è dell'azienda. Cfr. Corte di Lione, 19 maggio 1886, *Pal.*, 1886, 2, 777.

voro fatto per il creditore nulla più di una semplice occasione, il che è anche più evidente quando l'invenzione non riguardi il tecnicismo del lavoro dovuto al creditore, ma gli sia affatto estraneo: ciò che è compatibile col fatto che l'origine occasionale sia dovuta al lavoro prestato per contratto a quel creditore. Quell'invenzione è dunque un risultato puramente laterale, cioè non indirizzato al creditore del lavoro. Certo: se il fare invenzioni rientra tra le mansioni affidate al debitore del lavoro, allora sì che l'invenzione è il risultato immediato e previsto di un lavoro incanalato verso il creditore ¹⁾, e destinato a procurare al committente i profitti di una invenzione brevettabile ²⁾.

Il punto di vista opposto è stato sostenuto in base a una esagerazione del principio per cui il lavoratore impiegato presso altri intende col suo lavoro cedere tutti i frutti del suo lavoro intellettuale o muscolare. Questa interpretazione ampia del principio in sè esatto è stata variamente contestata. Ad es. si è detto: l'impiegato è riuscito a far l'invenzione coi mezzi ³⁾ messi a sua disposizione dal suo principale. Ma è evidente che se i mezzi non furono messi a sua disposizione che per scopi diversi da quello di fare invenzioni, l'invenzione resta pur sempre un'utilità accidentale data dal lavoro.

In questa obbiezione però si sottintende anche un altro concetto: l'impiegato ha fatto l'invenzione solo mercè le cognizioni acquisite nell'azienda dell'industriale a cui deve il suo lavoro; quindi la proprietà dell'invenzione è per il capo dell'azienda un giusto compenso. È forse in omaggio a questo principio che la giurisprudenza francese

¹⁾ È perciò ragionevole che la legge finlandese (21 gennaio 1898) riconosca come proprietà del creditore del lavoro un'invenzione che un suo impiegato faccia per ordine suo. Come si vede non vi ha una soluzione unica, ma varia secondo i casi. Così il Tribunale dell'impero germanico (cit. dal SERRI in *Riv. di dir. comm.*, 1906, I, 266) ha potuto escludere per l'operaio, ma ammettere per il costruttore dirigente la cessione di « tutta » la sua capacità intellettuale. Il che è forse, a mio avviso, alquanto dubbio in questa forma assoluta, ma che rappresenta ad ogni modo un ottimo filo conduttore per il giudice che debba applicare il principio posto nel testo. Del resto è giurisprudenza prevalente anche in Francia. Cfr. FOLLIN *Le contrat de travail et la participation aux bénéfices* (1909), p. 115. In genere si ammette che chi non abbia un lavoro puramente manuale, ma prevalentemente intellettuale (direzione, e ad ogni modo non semplice sorveglianza) ma ha diritto all'invenzione, perchè nella intellettuale latitudine della prestazione si intende compresa anche un'eventuale miglioria da esso scoperta; l'invenzione è quindi compresa nel risultato di lavoro destinato al capo dell'azienda. Nello stesso senso espresso nel testo pure il Codice delle obbligazioni svizzero (del 1911), art. 343, che attribuisce al padrone le invenzioni del lavoratore « se l'attività inventiva risulta nei compiti del lavoratore ».

²⁾ PIOLA CASELLI, in *Foro it.*, 1910, I, 1184.

³⁾ Qualche sentenza ha presupposto, per il diritto dell'autore dell'invenzione, che questa abbia avuto luogo a tutte spese dell'inventore. App. Genova, 14 maggio 1898, *Riv. priv. industr.*, IV, p. 176.

in qualche caso rimasto isolato, ha riconosciuto la comproprietà dell'invenzione al capo dell'azienda, e al lavoratore che, in base al principio a cui aderisco, avrebbe dovuto averne l'intera proprietà. Qui veramente siamo di fronte a un argomento molto delicato, e di cui non ci potremo occupare se non specialmente in materia di clausole di concorrenza. A me basta per ora l'asserire che l'acquisto di queste nozioni tecniche si intende come un beneficio di cui deve avvantaggiarsi in primo luogo l'industriale: ma solo nei limiti di quelle che sono le mansioni deferite all'impiegato. Andare più in là è al più possibile solo quando il capo dell'azienda voglia premunirsi contro il danno che può essere a lui arrecato dall'utilizzazione che l'impiegato faccia di quelle nozioni non ai fini che sono propri dell'industriale (es. colle clausole di concorrenza); ma non già quando pretenda di trattenere per sé il vantaggio di quella utilizzazione fatta dall'impiegato, non a danno del suo principale.

Nessuna delle altre giustificazioni persuade ⁴). Non che il lavoro, occasione dell'invenzione, abbia avuto luogo sotto la direzione del capo dell'impresa (così la giurisprudenza francese). Ma, prescindendo che non è davvero serio discutere se le invenzioni fatte dal lavoratore indipendentemente dal suo servizio abbiano a spettare al capo dell'azienda anzichè a lui -), tanto varrebbe enunciare addirittura il principio del diritto al brevetto a favore del capo dell'azienda, quando il lavoro dovuto a lui sia lavoro tecnicamente subordinato (locazione d'opere). E allora ci troviamo ad avere bisogno di una giustificazione ulteriore, che manca; perchè, ripeto, non è detto per nulla che il mettere a disposizione d'altri le proprie energie di lavoro per un fine determinato significhi il totale assorbimento delle energie di lavoro: locazione di lavoro subordinato non è asservimento. Quando si dice dunque che il creditore del lavoro ha diritto al risultato del lavoro del dipendente non si concluda con ciò che dunque abbia diritto anche alle invenzioni da esso fatte; sarebbe press'a poco come se si dicesse: il profitto dell'imprenditore è il compenso del suo lavoro (proposizione altrettanto indeterminata che quella secondo la quale la proprietà è

⁴) In Austria il concetto accolto nel testo è stato sancito dalla legge 11 gennaio 1897, § 5 che attribuisce al dipendente le sue invenzioni fatte durante il servizio, salvo patto contrario. Anzi vi si commina la nullità del patto con cui si sottrae a un impiegato il guadagno normale di una sua invenzione.

²) Cfr. ad es. Trib. della Senna, 2 giugno 1899, cit. dal FOLLIN, cit., p. 116. È da notare che in parte la giurisprudenza francese è stata indotta a questo avviso sfavorevole al lavoratore perchè si erano presentati casi di ex-impiegati delle officine militari francesi, che avevano vendute le loro invenzioni all'estero. L'ammiraglio BIENAIMÉ, nel nov. 1906, depose perciò alla Camera dei deputati un progetto di legge tendente a sanzionare la tendenza favorevole ai creditori del lavoro.

il diritto sul risultato del lavoro!); l'operaio ha diritto al compenso del lavoro; dunque l'operaio ha diritto al profitto dell'imprenditore. Usurpazione per usurpazione, l'una (a danno dell'impiegato) val l'altra (a danno dell'imprenditore). Non mi persuade neppure il principio che l'impiegato rappresenta il principale, e acquista la proprietà dell'invenzione per lui (Kohler); questo, caso mai, non giustifica il diritto del capo, ma spiega « come » egli l'acquista, quando l'acquista.

Soprattutto è bene chiarire come avvenga l'acquisto del diritto di privativa. Coerentemente a quanto abbiamo già detto, dobbiamo ritenere che come il risultato utile del lavoro, in forza del contratto, va direttamente senz'altro al creditore cui spetta, così al fatto dell'invenzione l'ordine giuridico riconnette senz'altro il diritto alla tutela giuridica sotto forma di privativa a favore del creditore del lavoro: il fatto da cui origina il diritto e la titolarità di quest'ultimo si verificano adunque in persone differenti. È a notare che questo fenomeno non è isolato: ogniqualvolta il lavoro costituisca un fatto giuridico, si attua lo stesso procedimento ⁴⁾.

Non è di questo avviso il Piola Caselli ²⁾, per il quale il diritto di privativa nasce anzitutto nell'inventore, e da questi viene poi, in virtù del contratto, trasferito al suo committente. Come si vede vi è qualche analogia colla teoria dello Chatelain: l'uno e l'altro si fondano sul principio che il lavoro è o possa essere titolo d'acquisto del diritto di proprietà ³⁾. Infatti l'acquisto del diritto che si potrà poi estrinsecare nella privativa ⁴⁾ e che la legge riconnette all'invenzione (che è certo una forma di lavoro intellettuale) non è che il diritto sull'idea geniale, cioè sul risultato dell'invenzione ⁵⁾. E il concetto del Piola è evidentemente che il diritto di privativa è frutto del lavoro dell'inventore, quindi gli spetta necessariamente: « non può nascere che nella sfera giuridica strettamente personale dell'inventore ».

Io non credo di poter convenire in questa opinione, che però, a differenza di quella dello Chatelain, ha per sé maggior parvenza di giustificazione scientifica. È solo l'ordine giuridico che riconnette sen-

⁴⁾ Lo stesso concetto è espresso dal GALIZIA, *L'azienda giornalistica* (1913), p. 100, a proposito del diritto d'autore sull'opera intellettuale del direttore d'un giornale nei rapporti tra il direttore (debitore del lavoro) e il proprietario (creditore).

²⁾ In *Foro it.*, 1910, I, 1184.

³⁾ Vi è anche analogia nel presupposto: lo CHATELAIN presuppone la *species nova*; il PIOLA la novità dell'idea costituente l'invenzione.

⁴⁾ Che questo diritto, almeno quanto alla tutela della riproducibilità, si voglia concepire o no come proprietà è qui irrilevante.

⁵⁾ Il diritto sul risultato del lavoro, come l'ha definito il CARNELUTTI, in *Rivista dir. comm.*, 1910, II, 435, il quale conviene nell'opinione che qui esponiamo. Esatto è pure il concetto del GALIZIA, op. e l. cit.: il proprietario « ha sul risultato del lavoro del direttore per il fatto della sua produzione quel diritto (diritto di autore) che spetterebbe al direttore se lavorasse per conto proprio ».

z'altro, per conto suo, all'invenzione il diritto alla tutela, quel diritto che non è ancora la privativa di cui all'art. 1 della legge: ora, non vi è una assoluta, logica impossibilità a che il diritto alla tutela sia concesso subito a persona diversa dall'autore dell'invenzione, ogniqualvolta questa deviazione sia stata preparata e autorizzata prima dell'invenzione d'accordo tra il titolare e l'inventore, come appunto accade col contratto di lavoro, nello stesso modo come in forza della disciplina stabilita da questo medesimo contratto il diritto di proprietà del prodotto è interamente dell'industriale, e non, in parte, dell'operaio produttore; non nasce prima, almeno in parte, in quest'operaio, ma appartiene direttamente e integralmente al capo dell'azienda.

Che l'art. 1 della legge sui diritti d'autore dica che il diritto appartiene agli autori delle opere dell'ingegno si spiega con ciò che questo è il caso normalissimo. D'altra parte non vi è tra la personalità dell'inventore e il diritto alla tutela un rapporto così intimo, da renderli inseparabili, così come è inseparabile lo stato di padre dalla persona che generò il figlio; escludendo quindi, come nota il Piola, che si possa generare prole a nome altrui. Ma questo parallelo è suggestivo in un altro senso e spiega forse come il Piola l'abbia invocato. Infatti nel diritto d'autore vi hanno due parti ben distinte, benché normalmente collegate; vi ha la tutela della paternità dell'idea, o opera, o invenzione; vi ha inoltre la tutela della facoltà di riprodurla. La prima è strettamente inerente alla persona dell'inventore, così come la paternità di un figlio; è una tutela che difende un interesse solo ideale, è la tutela della personalità ¹⁾ affermentesi attraverso l'opera dell'ingegno. La seconda tutela un interesse meramente economico; ed è separabile dall'autore dell'invenzione, così successivamente, come sino da principio, nel momento della nascita: cioè in una persona differente dall'autore dell'invenzione ²⁾. Ora: quando diciamo che in forza del contratto di lavoro col fatto dell'invenzione il diritto alla tutela « nasce » nel committente, alludiamo puramente a quella parte del complesso diritto d'autore che è separabile dall'autore, cioè alla tutela economica.

Fatta questa distinzione, non c'è una ragione per escludere quello che è il principale nostro assunto: cioè che in virtù dell'alienità di destinazione al lavoro impresso dal contratto di lavoro, il risultato suo passa direttamente al creditore del lavoro; e cioè non pel tramite del debitore, come se prima dovesse appartenere a quest'ultimo, come

¹⁾ Possiamo ammettere, per le opere letterarie, anche il diritto all'integrità intellettuale dell'opera stessa, come un riflesso della personalità stessa e della paternità. Cfr. PIOLA-CASELLI, cit. nella nota seg., p. 91-92.

²⁾ Cfr. PIOLA-CASELLI, *Del diritto d'autore* (Napoli, Marghieri, 1907), p. 88 seg.; e specialmente a pag. 112-113.

produttore di quel risultato ¹⁾. E così il diritto alla tutela economica dell'invenzione o dell'opera letteraria o artistica nasce nel committente, non arriva a lui per via derivativa dell'autore dell'invenzione o dell'opera ²⁾. Non vi ha alienazione, quell'alienazione (vendita) che anche lo Chatelain crede di scorgere nel contratto di lavoro.

Del resto, ripeto, è un evidente vizio di costruzione, quello di ritenere che nel medesimo istante in cui l'opera o l'invenzione è perfetta, o il prodotto è fermato il diritto nasca a favore del lavoratore, e « contemporaneamente » (si noti bene) venga trasmesso al creditore del lavoro in virtù della preventiva alienazione del futuro diritto fatta nel contratto di lavoro. È un tipo di costruzione, molto artificiosa, che ricorda un pochino la spiegazione dell'art. 707 cod. civ., come una specie di « prescrizione istantanea ».

28. Come la proprietà dell'invenzione (nel senso della sua sfruttabilità) può appartenere al proprietario dell'azienda o, secondo i casi, all'impiegato inventore, così anche la proprietà letteraria (sempre nel senso del diritto di proprietà contenente la facoltà di riproduzione) dell'articolo inserito nel giornale del redattore o del collaboratore può spettare a lui o al proprietario dell'azienda giornalistica, secondo che l'autore abbia o no firmato l'articolo ³⁾. Se firma cioè, per lo più quando l'articolo abbia un'impronta personale, e un proprio speciale valore letterario, artistico, scientifico, ecc. ⁴⁾, vuol dire che il contratto di lavoro (se vi è) non riserva al proprietario del giornale che la pura riproduzione sul giornale. E si noti qui che la produzione dell'idea letteraria non è affatto un fenomeno puramente accidentale o laterale della attività del debitore del lavoro, così come lo è l'invenzione industriale sulla quale il lavoratore conserva la privativa; ma ne costituisce tutta la prestazione a cui è vincolato dal contratto di lavoro. Nei due casi,

¹⁾ Talora per giustificare ciò si è citato l'art. 1747, C. civ.; in realtà che il mandatario debba corrispondere al mandante tutto ciò che ha ricevuto in forza del mandato è effetto dell'alienità nella destinazione del lavoro del mandatario.

²⁾ Il PROLA ritiene, in *Foro cit.*, col. 1185, che la sua costruzione che conclude coll'acquisto derivativo sia necessaria per giustificare come all'autore restino « le facoltà personali ». Ma quanto è esposto nel testo prova che a questa conseguenza si arriva anche senza batter quella via. Bisogna ritenere che sin da principio il completo diritto d'autore (posto che anche quelle facoltà personali si intendano come contenute nel medesimo diritto d'autore che contiene le facoltà patrimoniali) si scinde nel suo contenuto, e nasce nell'autore privo delle facoltà economiche rese autonome nel committente. Meglio ancora poi se dei due ordini di facoltà si fa il contenuto di due diritti separati! Nessuna delle altre conseguenze ricordate dal PROLA, *ivi*, presuppone la necessità della sua teoria.

³⁾ La sola firma impedisce la riproduzione, ma non in altri giornali o pubblicazioni periodiche; per impedir questa occorre la espressa riserva della proprietà letteraria. Art. 26 legge sulla propr. letter. 29 settembre 1882.

⁴⁾ VIVANTE, in *Foro ital.*, 1912, I. 368; GALIZIA, op. cit., p. 65 seg.

dunque, l'applicazione dei principî è differente, perchè sappiamo che la proprietà industriale dell'invenzione fatta da chi ne ha speciale incarico spetta non a lui ma a chi ha dato l'incarico. La differenza non altera i principî (che sono sempre quelli); indica solo come, date le speciali usanze giornalistiche, se l'articolo è firmato, il creditore del lavoro ha diritto solo a una parte del risultato del lavoro.

Comunque bisogna nettamente distinguere la proprietà letteraria, e la proprietà del giornale. Il redattore, vincolato da contratto giornalistico, non è estraneo all'azienda del giornale (il suo contratto di lavoro ne è uno degli elementi); ma è estraneo all'impresa, alla proprietà del giornale. È il concetto già sopra esposto, per cui in regime di scambio l'alienità del risultato utile del lavoro rende chi lo pone in essere estraneo agli scopi che con esso il creditore del lavoro si propone di raggiungere, estraneo perciò ai rischi che sono connessi alla utilizzazione di quel lavoro ¹⁾.

Ciò parrebbe addirittura indiscutibile; ma in realtà fu asserito precisamente il contrario in una lite sorta dalla collaborazione di due fratelli nell'azienda di un giornale (di proprietà del padre) per molti anni, senza una remunerazione: si tratta di un caso tipico sul quale torneremo ancora altre volte. I figli sostenevano che il lavoro continuato a beneficio dell'azienda li aveva resi comproprietari di essa. Ora la Corte di cassazione di Napoli ²⁾ giudicò affermativamente, sostenendo che l'azienda giornalistica è essenzialmente costituita dall'opera intellettuale dei collaboratori, e questa l'alimenta per modo che essi finiscono col diventarne proprietari.

L'erroneità di questa massima risulta già dal fatto che, applicata fino alle sue ultime conseguenze, condurrebbe a risultati addirittura sbalorditivi. Sarebbe un'altra via per giungere a quello che in Chatelain era, lo vedemmo, il punto di partenza (la proprietà del lavoratore sul prodotto); con questa differenza, che in Chatelain questo era solo un punto di partenza poi tranquillamente rimangiato; invece con quella teoria sarebbe il risultato. In ambedue il concetto fondamentale si inpernia sulla medesima idea: il lavoro procreatore di proprietà; come il lavoro crea il diritto di proprietà, colla produzione di una specie nuova, di una *res nova*, che del lavoro è un risultato, così il lavoro giornalistico, creando il giornale, ne produce l'acquisto del diritto di proprietà a favore del giornalista. Ma la teoria della

¹⁾ Il VIVANTE, in *Foro it.*, 1912, I, 368 osserva che anche nell'impresa editrice di un giornale si riscontrano tutti i tratti caratteristici dell'impresa, che ivi pure vi ha un imprenditore che assume sopra di sé i rischi dell'affare. Il lavoratore è elemento dell'azienda, ben distinto dal tutto, e così la proprietà letteraria dell'articolo è distinta dalla proprietà dell'azienda giornalistica.

²⁾ 13 sett. 1910, in *Foro it.*, 1911, I, 84.

Corte di Napoli è anche più grave, perchè conduce addirittura all'espropriazione dell'« azienda industriale » per parte dei lavoratori che ad essa danno l'opera propria. Infatti se si ammette che i giornalisti (non pagati?) acquistano la comproprietà dell'azienda giornalistica perchè questa è essenzialmente costituita dall'opera intellettuale dei collaboratori, non capisco perchè il medesimo concetto non possa estendersi a qualunque altra azienda, in cui il lavoro rappresenti una parte preponderantissima in confronto alla materia prima. E poi, il principio è tale che fatalmente conduce a questo risultato anche se il pagamento di una mercede vi fu. Infatti, se l'opera dell'ingegno appartiene a chi lo produce, e se si ritiene che quindi anche il giornale, non essendo che la risultante di tutte queste opere dell'ingegno giornalistico appartiene al giornalista, l'esservi o no mercede che importanza può avere? ¹⁾).

Ma è evidente che la mancanza di mercede ha influito nella mente dei sostenitori di questa stranissima teoria che fa il paio con quella dello Chatelain, nel senso che ha dato l'illusione di un lavoro non prestato ad esclusiva utilità diretta altrui. Ciò che dimostra la bontà del principio fondamentale (vagamente intuito quindi anche dalla Corte suprema di Napoli), per cui è al creditore del lavoro che spetta tutto il risultato del lavoro; e quindi chi lo produce non può vantare nessun diritto al risultato del suo lavoro. Posto che i figli prestavano l'opera loro a beneficio del padre, cioè di persona diversa ²⁾, tutto il risultato del lavoro (cioè la proprietà del giornale) spettava al padre ³⁾; essi avevano solo diritto a un compenso ⁴⁾.

¹⁾ Il GALIZIA, op. cit., p. 124, osserva benissimo che quella soluzione dà alla locazione d'opera « un effetto che è in contrasto colla sua struttura giuridica o funzione economica, perchè è caratteristica del contratto di locazione d'opera che il lavoratore lavora non per sè, ma per conto del conduttore, e il risultato del lavoro rimane acquisito, in virtù del contratto, immediatamente ed esclusivamente al conduttore del lavoro ».

²⁾ Naturalmente questo è il punto di partenza che noi supponiamo dimostrato, e che bisogna provare. È evidente che se sin da principio il proprietario del giornale intendeva estenderne la proprietà ai figli, chiamandoli a collaborare in una azienda comune, tutto il nostro ragionamento si sfascia. Una siffatta comunione giuridica, però, non si può presumere, neppure sulla base dei vincoli di parentela.

³⁾ Il proprietario del giornale accentrava in sè tutti i molteplici mezzi di produzione del giornale; così il lavoro veniva a lui, egli ne assorbiva il risultato, così come tutte le altre prestazioni di terze persone rivolte al medesimo scopo. La proprietà del risultato complessivo restava quindi integralmente al padre imprenditore. Questo esprime lucidamente la Corte d'app. di Napoli, 10 gennaio 1912, *Rivista di dir. comm.*, 1912, II, 84. Conforme pure il VIVANTE, *ivi*, in nota. Il principio che informa la soluzione è dunque sempre quello: « la prestazione di un lavoro per conto o nell'interesse altrui » (Corte cit.).

⁴⁾ Osserva benissimo il VIVANTE che « se il lavoro compiuto sopra un *res nullius* crea la proprietà a favore di chi lavora, ciò non è più vero quando il lavoro viene

29. Sopra abbiamo incidentalmente asserito che l'utilità della prestazione di lavoro può non coincidere con l'interesse che ad essa deve necessariamente avere il creditore del lavoro. Utilità del lavoro infatti non è che la sua ofelimità, cioè la capacità del lavoro, non in sé considerato ma nella sua sintesi, nel suo risultato di soddisfare certi bisogni. E abbiamo constatato che questi bisogni possono non essere del creditore del lavoro, ma (come quasi sempre accade pel lavoro industriale) di terzi.

Ciò ad ogni modo non toglie che il creditore debba avere un interesse proprio, un proprio bisogno da soddisfare che giustifichi la sua veste di creditore del lavoro (arg. dall'art. 1128 cap.). Per lo più questo interesse sarà economico; sia che l'utilità diretta della prestazione sia destinata a lui, sia che debba essere consumata da altri. Nel primo caso l'interesse si confonde coll'utilità della prestazione; nel secondo consiste nell'utilizzazione del valore di scambio proprio dei prodotti ottenuti, in quanto, ceduti ad altri (con la vendita, o con contratti di lavoro cioè locazioni di opera), il creditore ottenga danaro. In quest'ultimo caso può anche essere che si tratti di un servizio (lavoro per risultato immateriale) che è destinato a terzi, i quali lo godono contemporaneamente alla produzione dell'attività: così il cantante sul palcoscenico, l'aviatore che, retribuito da una società di aviazione, vola per il pubblico che paga per essere ammesso nel recinto. Qui non vi è scambio del prodotto del lavoro successivamente alla sua produzione, nè una fase successiva al contratto di lavoro, ma il principio è identico: vi è sempre un'attività di lavoro destinata a terzi, i quali ne godono il risultato (coll'acquisto del prodotto materiale o col godimento del servizio) retribuendo chi è creditore del lavoro rispetto al lavoratore, e debitore verso i terzi. Vi è sempre nel creditore del lavoro, anche in questo caso, l'utilizzazione personale della prestazione di lavoro nella sua funzione di scambio.

Ma, si noti, l'interesse che nel creditore del lavoro non può mai mancare, può anche essere un interesse non economico. Se la prestazione, nell'obbligazione patrimoniale, deve avere sempre contenuto patrimoniale, viceversa l'interesse del creditore alla prestazione non è detto che sia di natura puramente patrimoniale o suscettibile di valutazione economica ¹⁾. Ad es. la prestazione (patrimoniale) può non avere che un interesse artistico pel creditore, cioè può non mirare ad altro che a soddisfare dei bisogni artistici. Il contratto con un celebre

prestato nella proprietà altrui ». Chè nel contrasto tra questa proprietà e il lavoro il dissidio è risolto coll' « attribuire alla proprietà il risultato del lavoro, e al lavoro una congrua mercede ». È l'art. 1570 Cod. civ. appunto che noi stiamo qui illustrando.

¹⁾ BARASSI, *Istituzioni di dir. civile* (1914), § 84, II.

violinista, che si obbliga, dietro remunerazione, a procurarmi un soddisfacimento estetico coll'arte sua, è certamente un valido e perfetto contratto di lavoro. Il poeta che si obbliga a farmi un componimento poetico — dietro retribuzione — per solennizzare un evento fausto della mia famiglia è certo vincolato a me da un vero vincolo locativo. Vi hanno pure dei bisogni dello spirito, oltre che quelli della materia; vi ha la necessità di curare ed educare lo spirito al culto del bello, oltre a quello di consolidare il patrimonio. Il Ihering si domanda, a ragione, perchè mai debba — secondo la teoria materialistica che non riconosce se non il bisogno economico — essere invalido il contratto con un domestico perchè in determinati giorni debba attendere, servire e introdurre amici ospiti ¹). Secondo questa teoria invalido dovrebbe essere il contratto con un docente di scienze o di arti belle! ²).

Quel riferimento va dunque inteso in senso molto lato. Come si vede la prestazione (di lavoro) è un mezzo (economico o meglio suscettibile di valutazione economica) per la attuazione di scopi che possono non essere economici. Ad es. possono essere di beneficenza ³): l'interesse qui non è certo patrimoniale, è altruistico, ma rappresenta pur sempre un bisogno del creditore del lavoro.

Rientrano in questa categoria i contratti di lavoro stipulati cogli istituti di beneficenza: ad es. i rapporti contrattuali tra le Opere pie e il personale che ne disimpegna le funzioni, dalle più alte alle più umili. ⁴). Altri contratti di lavoro in cui la prestazione di lavoro non ha

¹) Ne' suoi *Jahrbücher für die Dogmatik, ecc.*, XVIII, p. 43, 93, 109. In tutto conforme è il concetto del POLACCO, *Le obbligazioni nel dir. civ. ital.* (1914), p. 199, a cui rinvio.

²) Certo, qui si esce un po' dal campo su cui si soffermano gli economisti. Per i quali interessa il lavoro solo in quanto mira a scopi esteriori. Così almeno è considerato il lavoro dal PHILIPPOVICH, *Grundriss d. polit. Oekon.*, I, § 42: « Lavoro è l'attività dell'uomo diretta a uno scopo esteriore. Un'attività che è diretta solo a ottenere soddisfazioni intime, non è lavoro ». Per i giuristi invece è lavoro anche quello che non mira a uno scopo economico. Cfr. LOTMAR, cit., I, p. 81. Più esattamente il COHN, cit. in WEBER, *Kampf zwischen Kapital und Arbeit* (1910), p. 86, definisce: « l'impulso o l'attività rivolta intensamente a servizio di uno scopo ragionevole è lavoro ». Senonchè il WEBER parafrasa dicendo: ragionevole è come dire economico, ragionevole per l'economia generale. E allora, come si capisce, rinascono tutti i dissensi tra l'angolo visuale degli economisti e quello dei giuristi.

³) Così come la prestazione di lavoro conserva il suo carattere industriale (e l'ha tutto il contratto) anche se l'industriale non abbia che uno scopo di beneficenza. Cass. franc., 28 marzo 1901, cit. in GRILLET, *La réglementation du travail*, p. 10.

⁴) Art. 31 legge 17 luglio 1890, n. 6972. A questi istituti di beneficenza che si propongono specialmente il lavoro accennano l'art. 2 del regolamento 14 giugno 1909, n. 442 sul lavoro delle donne e dei fanciulli (officine o laboratori esercitati non per speculazione industriale, o per l'interesse dei dirigenti, cioè a scopo altruistico), l'art. 8 lett. c) e d). Regolam. infort. sul lavoro, 13 marzo 1904 (opifici annessi a

sul creditore scopo economico di incremento patrimoniale sono quelli che vincolano allo Stato alla Provincia o al Comune l'attività degli impiegati in materia di gestione non patrimoniale ma di sovranità. Sulla loro natura giuridica di contratto di lavoro si vedrà a suo luogo.

Tuttavia oggi si tende a dare una certa estensione al concetto di scopo economico e patrimoniale, che non presuppone necessariamente un aumento di beni economici o una diminuzione di oneri. Ad es. lo scopo di mero diletto. Se io pago un cantante per divertir me e i miei amici e se pago un fabbricante di fuochi di artificio per divertir me e la mia famiglia, ritiene il Kohler ¹⁾ che la prestazione di lavoro dia un godimento patrimoniale. Così aridamente espressa la cosa veramente è poco chiara. Si può tutt'al più ritenere che sia pure necessario educare lo spirito e ritemperarlo dopo le fatiche quotidiane in godimenti estetici, e ammettere che il semplice diletto implica un riposo delle energie di lavoro considerate come fattore economico, e quindi un incremento della produttività di questo. Ad ogni modo uno scopo nettamente altruistico non potrebbe certo essere ricondotto in qualche modo a una reazione di incremento patrimoniale. E lo stesso è a dire per il mecenate che commette quadri o statue per un museo; per chi assoldi uomini coraggiosi per una spedizione polare.

Non bisogna dunque esagerare nel riconnettere uno scopo al patrimonio ²⁾. Così pure la patrimonialità può sussistere per terzi che siano i beneficiari o destinatari della prestazione: è il caso, fatto dal Kohler, di un medico che una persona paga per un istituto di carità, il quale risente il vantaggio economico di essere alleggerito della spesa relativa al medico. Ma qui lo scopo per il creditore del lavoro non è patrimoniale, ma di natura puramente ideale.

Questo interesse del creditore, che non è se non il soddisfacimento di un suo bisogno rispetto a cui la prestazione di lavoro è ofelima, normalmente rientra puramente nella sua cerchia personale, non penetra nella struttura del contratto. Infatti questo interesse può essere variabile: anche se si tratta di uno scopo di beneficenza non è detto che si tratti di un bisogno morale di altruismo, potendovi essere ragioni, ad esempio, di ambizione o di popolarità, ecc. È un elemento troppo intimamente soggettivo variabile e incerto perchè possa essere assunto a elemento di un contratto meritevole di tutela stabile; a nulla rileva quindi, di regola, l'illiceità di quello scopo soggettivo, quando l'illiceità non si obbietta sulla struttura stessa del contratto di lavoro. Tuttavia neppur questo è vero in modo assoluto. Della

scuole industriali o professionali, o a ospizi, ospedali o altri istituti di pubblica beneficenza per il servizio interno degli istituti o per lavori dei ricoverati.

¹⁾ Nella sua revisione dell'*Enciclopedia* di HOLTZENDORFF (1904), I, 645.

²⁾ Per questa lata concezione anche POLACCO. cit., p. 200.

natura di questo interesse si preoccupa il legislatore quanto all'applicazione di certe leggi sociali, con cui cioè si mira a tutelare il lavoro. Così le due citate leggi che disciplinano il lavoro delle donne e dei fanciulli e l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni (art. cit.) non si applicano ai casi citati, in cui manca nel creditore del lavoro un interesse egoistico patrimoniale. Viceversa altre leggi certo non distinguono: così quelle sul riposo festivo, sul lavoro notturno, sui probiviri. È anzi da ritenere che nel silenzio della legge essa si possa riferire a qualunque categoria di interesse. E in realtà se la mancanza di un interesse patrimoniale egoistico nel capo dell'azienda attutisce alquanto l'urto delle due opposte parti, perchè si può presupporre che lo stesso scopo filantropico supplisca largamente a quella coazione con cui la legge intende tutelare il lavoro, sopprimendo i dannosi effetti della concorrenza economica, è però certo che questo urto non è ad ogni modo eliminato, e che non si può intendere che si possa far dell'altruismo a carico di chi lavora.

Il dubbio può nascere, ed è nato, quanto ai lavoratori (operai) addetti a pubblici servizi, o comunque a lavori pubblici geriti dallo Stato o da altro Ente autarchico di diritto pubblico (Provincia, Comune). Qui esula lo scopo fiscale della privata speculazione; non vi è scopo di beneficenza nello Stato creditore del lavoro, ma indubbiamente una meta altruistica diversa da quella, pure a scopo indirettamente altruistico per lo Stato, di procacciarsi un reddito. Non è dubbio insomma, come vedremo a suo luogo, la natura di diritto pubblico propria di quell'attività, quindi anche dei contratti di lavoro che ne sono un elemento fondamentale. Ora, è applicabile in questo caso la legge sugli infortuni sul lavoro? Stando a quanto s'è ora visto la soluzione dovrebbe essere negativa. E così infatti la Cassazione di Roma ¹⁾ ha sostenuto recisamente: perchè la legge sugli infortuni (e come essa tutte le leggi protettrici del lavoro) ha carattere prevalentemente industriale, e presuppone un'attività industriale che si interponga tra lavoratore e consumatore, cioè l'impresa a struttura capitalistica, quindi con lo scopo normale della speculazione; è questo in realtà il criterio tipico cui allude la Cassazione. E che in realtà alcuni indizi dedotti dal testo unico stesso corroborano: l'art. 6 cap. 1.^o accolla l'obbligo dell'assicurazione allo Stato ecc. solo per le industrie di cui all'art. 1, cioè che un privato qualunque potrebbe esercitare (attività a struttura economica, in cui lo Stato agisce come un privato).

In contrario fu opposto ²⁾ che il testo unico prescinde dallo scopo che il creditore del lavoro si propone, dal momento che è obbligato

¹⁾ 5 aprile 1913, *Foro ital.*, 1913, I, 918. Si trattava della assicurazione di operai addetti alla nettezza urbana.

²⁾ Cfr. DE BONIS, in *Rivista critica*, 1913, p. 321.

all'assicurazione anche il proprietario che impiega « per conto proprio » almeno cinque operai. Ma, prescindendo pure da quanto s'è già osservato, è vero invece che questo proprietario, dal momento che mira a soddisfare non bisogni altrui (non è cioè imprenditore intermediario), ma bisogni propri (cfr. su ciò sopra, p. 59), non avrà che scopi egoistici, non altruistici, e cioè si proporrà di raggiungere il soddisfacimento di un proprio interesse economico: infatti un interesse altruistico presuppone la destinazione a favore di terzi. Non sarà l'interesse speculativo dell'imprenditore, ma appartiene sempre alla medesima categoria. Così pure non sono indici sufficienti in contrario quelli desumibili dagli art. 18 e 19, che presuppongono sempre la limitazione fondamentale segnata dagli art. 6 e 7. Per tutto ciò non ritengo di dover modificare, per questo caso, la conclusione cui siamo pervenuti quanto alla assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro.

Ma se il bisogno del creditore del lavoro che la prestazione di lavoro è chiamata a soddisfare non è necessariamente patrimoniale, lo deve essere indubbiamente ¹⁾, come s'è visto, la prestazione di lavoro. Veramente qualche dubbio può venire dalle obiezioni che in proposito ha mosso il Binder ²⁾. Secondo il quale anzitutto il carattere patrimoniale o no di una prestazione va guardato in relazione al creditore: il che in un certo senso può considerarsi perfettamente esatto. Ma diverso è l'apprezzamento che di questo concetto si può fare. Per il Binder è patrimoniale solo la prestazione che è capace di incremento patrimoniale per il creditore. E questo non basta: i criteri del Binder nell'applicazione di questa regola sono abbastanza restrittivi: per esso sono prestazioni patrimoniali in questo senso solo quelle di dare o quelle miranti alla creazione o al trasferimento dei diritti patrimoniali, in quanto conservano o aumentano il patrimonio. Non lo sono le prestazioni di puro fare (i servizi personali: appr. n. 33), che non sono in nessun rapporto col patrimonio del debitore: viceversa le riparazioni di una casa ad es. sarebbero vere prestazioni patrimoniali.

Per parte mia premetto che qui considero il lavoro dal punto di vista della sua utilità, cioè di chi lo riceve; dal punto di vista esclusivo di chi lo dà è certo che la prestazione di lavoro (su ciò ancora appresso) non è affatto una attribuzione patrimoniale. Ma considerato il lavoro nella complessa situazione contrattuale, e cioè in prevalenza di chi riceve il lavoro, credo fermamente alla patrimonialità anche di queste prestazioni che mirano solo a un fare, e non impli-

¹⁾ Ed è da questo punto di vista che va apprezzata la patrimonialità della prestazione di lavoro. Infatti è certo che la prestazione di lavoro non costituisce, per chi la fa, un'attribuzione patrimoniale, poichè, come vedremo, il lavoro è troppo intimamente connesso col soggetto, per essere considerato come entità o bene patrimoniale. Bene su ciò LOTMAR, I, 81 seg.

²⁾ Nell'*Archiv für das bürgerl. Recht.* XXXIV (1910), p. 230.

cano la consegna di un risultato materiale. Anche volendo prescindere dalla considerazione già suaccennata, circa l'influenza di queste prestazioni sull'accresciuta produttività del creditore del lavoro (ci si può opporre, secondo me senza rilevanza per la nostra tesi, che a rigore questa è un presupposto, ma non è un elemento del patrimonio), è certo che la prestazione di lavoro ha una funzione economica eminente qual'è qui quella che, trattandosi di lavoro, si può solo impropriamente chiamare dello scambio ¹⁾: da ciò la sua valutabilità a denaro, e, in caso di inadempimento, il danno economico nel patrimonio del creditore del lavoro ²⁾. A tal proposito osserva lo Hellwig ³⁾ che oggetto di una prestazione possono essere non solo atti che aumentano il patrimonio, o migliorano le condizioni nelle quali il patrimonio possa consolidarsi, ma anche atti « che aumentano il valor d'uso o di godimento, o il valor di permuta, soprattutto quando la prestazione nel comune commercio si possa avere a denaro; con che non si deve solo pensare alle opere infime, ma anche all'impartizione dell'insegnamento e ad altre *operae liberales*... ».

A ciò si aggiunga che molto spesso vi è anche quell'altra funzione economica importante che è l'utilizzazione diretta (l'uso) del lavoro, o meglio del suo risultato: quale poi possa essere lo scopo dell'uso non importa, come s'è visto. Ora, per la patrimonialità tanto basta ⁴⁾, anche dal punto di vista del creditore. Anche in ciò, però, non bisogna esagerare il punto di vista soggettivo del creditore: quello della patrimonialità è anche una qualità oggettiva: rappresentando essa la possibilità di una funzione economica. Del resto è vero che sia lo scambio, come l'uso diretto hanno luogo nei rapporti col creditore.

Secondo il Binder queste obbligazioni di fare sono crediti, certo, ma di prestazioni non già patrimoniali, sibbene eminentemente personali. E questo non è esatto, anzitutto perchè non è detto che nessuna obbligazione di fare sia intrasferibile per successione; ciò è vero solo per quelle prestazioni di fare che non appartengono al genere, cioè in cui la persona del debitore è insostituibile. E in secondo luogo non è detto che la patrimonialità presupponga la trasferibilità; in un senso lato anche i diritti d'uso e di abitazione sono patrimoniali benchè incedibili ⁵⁾.

¹⁾ Cfr. POLACCO, cit., p. 199: « l'opera del musicista è nel novero dei servizi valutabili a denaro e ordinariamente remunerati quale oggetto di locazione d'opera ».

²⁾ E in base a questo concetto ultimo che la prestazione puramente di assistenza religiosa propria dei cappellani nelle carceri, negli ospedali, ecc., può essere assunta come prestazione di lavoro. Su questo argomento torneremo più avanti, a proposito delle opere liberali.

³⁾ In *Archiv für d. civil. Praxis*, LXXXVI, p. 229.

⁴⁾ BARASSI, *Istituz. di dir. civ.*, p. 55.

⁵⁾ BARASSI, op. e l. cit.

Ad ogni modo mi basta qui l'aver richiamata l'attenzione sulla necessità di distinguere da un lato la necessaria patrimonialità della prestazione di lavoro e dall'altro la non necessaria patrimonialità dell'interesse del creditore alla prestazione di lavoro. L'aver trascurato questa distinzione ha condotto a non pochi equivoci. Così ed es. a proposito dell'ammalato che promette ad un chirurgo di sottomettersi ad una operazione. Questo caso è esposto dallo Hellwig ¹⁾, che lo risolve negativamente; cioè per la non esistenza di una valida obbligazione, mancando un interesse patrimoniale. Ora questa soluzione io credo assolutamente errata. Certo, quando il caso si possa esporre nel modo seguente: « l'ammalato invita un chirurgo ad operarlo », con ciò viene stipulata una locazione d'opera. E io non vedo perchè non dovrebbe essere efficace. Qui la prestazione è certo valutabile a denaro: e tanto basta. Del resto si noti come, quanto all'interesse del creditore, un riappiccio col patrimonio nell'ammalato c'è, in quanto con quell'operazione si mira a tutelare le energie di lavoro dell'individuo, e a conservare al patrimonio la sua principal fonte di incremento e di ordine.

30. Che la prestazione di lavoro sia destinata a soddisfare un bisogno del creditore che lo riceve, e quindi sia ofelima per lui, vuol dire che il creditore può pretendere che la prestazione sia effettivamente utile, cioè soddisfi realmente e integralmente questo bisogno?

Giuridicamente la risposta è negativa. Come lo scopo di un guadagno sufficiente a soddisfare certe sue esigenze di vita ²⁾ costituiscono uno scopo puramente soggettivo al debitore del lavoro, e non penetra nell'ossatura del contratto, così d'altra parte lo scopo del soddisfacimento reale di un bisogno mediante la prestazione di lavoro rappresenta una meta che nella mente sua il creditore si prefigge, ma che rimane estranea al contratto, salvo, si intende, se vi fu esplicitamente richiamata ³⁾. E l'uno e l'altro intento non escono dalla sfera individuale dei due contraenti. Nella posizione giuridica creata dal contratto non resta se non l'obbligo di una prestazione di lavoro che abbia la capacità di soddisfare una data categoria tipica di bisogni o di attuare uno scopo. Vale a dire la capacità di soddisfare quei bisogni che normalmente, secondo il modo di vedere diffuso nel comune commercio, quella speciale prestazione è chiamata a soddisfare.

Occorre quindi distinguere l'ofelimità normale che è immediatamente e comunemente attribuita a un dato lavoro ⁴⁾ da quella ulteriore ofe-

¹⁾ Op. cit., p. 233-234.

²⁾ Lo vedremo ancora più avanti, a proposito della mercede.

³⁾ Nel qual caso non avremmo ad ogni modo una vera condizione « *si placuerit* » a cui è subordinato non già il contratto di lavoro ma la retribuzione di esso, ed, eventualmente, il risarcimento dei danni.

⁴⁾ Mancando la quale nasce il quesito se vi sia impossibilità iniziale della prestazione. Di ciò a suo tempo.

limita che è peculiare all'animo di colui a cui il lavoro è destinato, e che — se non è stata esplicitamente richiamata nella situazione contrattuale — il debitore del lavoro può ragionevolmente ignorare. Lo sterratore deve scavare una fossa: bisogna che il lavoro attui lo scopo in modo che la fossa sia godibile per quella più o meno ampia e indeterminata categoria di usi a cui, secondo le circostanze di tempo e di luogo si può ragionevolmente supporre che la fossa sia destinata; non già che serva ad un uso peculiarissimo che il proprietario del terreno si proponeva, e di cui non fece parola nell'atto della stipulazione del contratto.

Altro è che questa utilità normale sia soggettivamente goduta dal creditore. Qui il contratto di lavoro si arresta: il godimento effettivo è affare del creditore ed esce dai limiti del rapporto giuridico ⁴⁾. Il debitore dovrà solo garantire entro certi limiti al creditore — come vedremo a suo luogo — la possibilità di ritrarre dal prodotto l'utilità che normalmente ci si può aspettare.

È evidente la grande importanza giuridica di questo concetto. E anzitutto la sua estrema delicatezza di determinazione; si tratta del conflitto tra due opposti modi di concepire l'utilità del lavoro: ora il diritto deve tutelare la ragionevole aspettativa del debitore del lavoro, nella mente del quale non può logicamente proiettarsi che quella considerazione che è in armonia coll'equità e cogli usi. La difficoltà aumenta poi quando si voglia attuare il punto di vista peculiare al creditore del lavoro pel tramite della presupposizione, senza esigere la veste esplicita della condizione espressamente introdotta nel contratto.

Il giudizio circa la sussistenza dell'utilità va portato inoltre non già sui singoli minuti atti di cui il lavoro si compone, ma nella sua sintesi, nel suo complesso in rapporto con lo scopo normale cui questi atti debbono servire. Ciò è doppiamente vero per le due grandi categorie del lavoro tecnicamente autonomo e subordinato (locazione di opera, di opere). Nel primo caso la sintesi è data dal risultato del lavoro e quella massima è una conseguenza naturale dell'autonomia del lavoro per giungere a questo risultato (come a suo luogo vedremo); nel secondo pure bisogna astrarre dal minuto esame dei singoli atti e tener conto della fatale necessità di atti inutili. Anche nei limiti di questo secondo tipo di contratto di lavoro il problema ha la sua importanza giuridica: si tratta dei limiti oltre i quali l'inutilità del lavoro viene ad assumere una rilevanza giuridica, che si riverbera ad esempio nella limitazione del compenso, ed in altri modi ancora.

Economicamente e giuridicamente è solo il lavoro utile, sia pure colla latitudine di apprezzamento che ora abbiamo visto, che importa;

⁴⁾ Cfr. per qualche relazione IELLINEK, *I diritti pubblici soggettivi*, p. 62 (traduzione ital.).

tant'è vero che il salario si livella secondo il lavoro compiuto con minore sforzo. E cioè se a due impiegati si affida il medesimo lavoro, che essi attuino con varia intensità di sforzo e con un corredo vario di atti inutili, quindi in tempo minore per parte di chi compie minor lavoro inutile, la mercede per tutte e due è uguale, ma è appunto calcolata sul tempo minore. Insomma il lavoro inutile è un rischio per chi lo compie oltre il limite di tolleranza che abbiamo visto.

Che dunque l'attitudine del lavoro a soddisfare il preciso concreto bisogno della persona a cui il lavoro è destinato non rientri nell'ossatura del contratto di lavoro è nei limiti ora tracciati vero indubbiamente, come è vero che l'obbligo di pagare la mercede è indipendente dalla considerazione del bisogno effettivo a soddisfare il quale il lavoratore si è indetto a stipulare il contratto e cioè a promettere il lavoro: anzi per la mercede questo in misura anche maggiore, posto che lo scopo cui il lavoro deve servire per il creditore penetra talora nel contratto, ma assai meno lo scopo cui la mercede deve servire per il lavoratore ⁴⁾. Ma è anche vero che questi scopi soggettivi alle parti reagiscono poi variamente. O in via normale, cioè rispettando il contratto stipulato; nel qual caso la reazione ha luogo ad es. sotto forma di cessazione del contratto: licenziamento o recesso unilaterale nei modi voluti dalla legge. O in modo anomalo, cioè col mancare di rispetto al contratto stipulato. Il caso più frequente è la reazione per parte del lavoratore sotto forma di sciopero, per l'asserita insufficienza della mercede a provvedere ai suoi bisogni. Ma siffatte reazioni illegittime si danno talora anche per parte del creditore del lavoro. Certo, la regola secondo la quale è sufficiente l'attitudine che il lavoro ha a soddisfare la categoria di bisogni a cui una data forma di lavoro è destinata normalmente è vera, ma benchè il contratto sussista non ostante manchi la rispondenza del lavoro al preciso scopo cui mirava il creditore del lavoro, la validità ciò non ostante del rapporto ingenera, nei contatti tra le parti diuturni e che debbono essere ispirati a reciproca fiducia, un malessere, un disagio che alla lunga non può durare. Questo è un male: ma tanto peggio pel creditore del lavoro; è un suo rischio se, quando era il momento, non usò cautele per assicurarsi la rispondenza effettiva del lavoro allo scopo peculiare cui il lavoro intendeva dovesse servire. È un abile lavoratore, dice l'imprenditore; è un bravo artigiano, un bravo industriale, dice il committente, ma il risultato del suo lavoro (opere, o opera; lavoro subordinato o autonomo) è buono per gli altri, ma non per lo scopo mio speciale. Da ciò attriti, e la tendenza del creditore del lavoro ad indurre comunque l'altra parte a una cessazione del rapporto contrattuale.

⁴⁾ Malgrado ciò si insegna che è intorno a questo limite di utilità che viene ad adagiarsi il tasso del salario. Cfr. LEROY-BEAULIEU, cit., II, p. 290.

È uno dei casi di conflitto tra la linea rigida del diritto, e i bisogni della vita ¹⁾).

Se noi consideriamo l'utilità del lavoro pel creditore dal punto di vista dell'«attitudine» del lavoro a soddisfare un bisogno del creditore l'utilità del lavoro ci si presenta sotto l'aspetto della capacità tecnica del lavoratore in ordine allo scopo che il creditore intende raggiungere (e di cui si è già sopra discorso ²⁾). Per ora ci basta ricordare come sotto due aspetti si possa presentare questa idoneità al raggiungimento dello scopo, questa utilità del lavoro. Anzitutto in un senso astratto: la persona, cioè, che si assume una prestazione di lavoro ha genericamente attitudini a quella data categoria di lavoro per cui l'opera sua è richiesta. Un imprenditore ha bisogno di un fabbro, e gli si presenta un fabbro; un impresario ha bisogno di un tramagnino, e gli si offre un tramagnino. Oppure in un senso concreto; cioè il debitore del lavoro ha non solo in genere, cioè quanto alla qualità della categoria, ma anche effettivamente, quanto alla qualità della specie di lavoro tutte le attitudini richieste: ad es. nei casi succitati un abile fabbro, un abile tramagnino. La differenza ha importanza quanto alle conseguenze giuridiche: se manca la utilità astratta vi è impossibilità iniziale della obbligazione; se manca la concreta vi saranno altre forme di reazione successiva contro il vincolo contrattuale. Ma di ciò a suo luogo. Qui ne abbiamo accennato solo per completare il quadro.

31. Il risultato immediato cui il lavoro può condurre in ordine alla soddisfazione dei bisogni cui è destinato può essere assai vario. In genere va rilevato che dal punto di vista del contratto di lavoro noi intendiamo il « lavoro » in tutta quella portata che è compatibile col rapporto giuridico che ne eccita la produzione nell'interesse altrui. Il concetto di lavoro qui è dato da quella qualunque forma di attività che può essere utile a chi la pone in essere, quando l'effetto utile possa essere, mediante la stipulazione contrattuale ³⁾, deviato nell'in-

¹⁾ Su questo argomento ritornerò ancora diffusamente: in specie a proposito del vizio redibitorio applicato al lavoro. Perciò non faccio per ora citazioni.

²⁾ Anche per il CARNELUTTI la capacità di lavoro è un presupposto logico della formazione del rapporto dato dalla necessità che il lavoro soddisfi un bisogno del creditore. In *Rivista di diritto commerc.*, 1910, I, 524.

³⁾ Occorre che la deviazione sia opera di un precedente contratto. Se manca, anche che il lavoratore destini mentalmente ad altri il frutto delle sue fatiche, non avremo mai contratto di lavoro. È da osservare a questo proposito che di regola l'eminente personalità della produzione di lavoro attribuisce a chi lavora l'effetto di quello sforzo: ciò prescindendo, s'intende, dal caso di lavoro su materia altrui che prevalga all'attività elaboratrice. Perché dunque l'utilità venga deviata a immediato favor d'altri, e vi sia chi possa trarre direttamente profitto dal lavoro fatto da altri occorre l'intervento di una forza deviatrice che non può deri-

teresse di altre persone. Così il bere, il passeggiare, la contemplazione di un quadro sembrano forme di attività esclusivamente utili a chi beve, passeggia o contempla il quadro. Ma in virtù di contratto si possono assaggiare liquidi per esprimerne un giudizio, esporre le ultime novità di una casa di confezione d'abiti passeggiando, fare il critico d'arte. Ed ecco un lavoro utile ad altri, mediante la deviazione creata dal contratto e imprimente l'alienità al risultato del lavoro.

Questo concetto di lavoro per conto d'altri è stato dal Chironi tradotto molto energicamente in una figura di rappresentanza « reputandosi l'azione posta in essere dal rappresentante come tale, come se fosse giuridicamente posta dal rappresentato » ¹⁾. Trattandosi di lavoro compiuto nell'interesse di altri, con destinazione dell'utilità, cioè dell'effetto utile, alla persona che del lavoro aveva dato l'incarico, è chiara la almeno apparente analogia coll'istituto della rappresentanza. Nello stesso modo l'azione (atto giuridico) di una persona, compiuta nell'interesse e in nome di altra persona, in virtù della procura di quest'ultima produce e destina i suoi effetti giuridici al patrimonio dell'autore delle procura, del *dominus negotii*. Con una espressione molto usata e comoda per la incisiva e chiara allusione all'alienità teleologica dell'azione, benchè possa racchiudere un'inutile finzione se la si intende troppo alla lettera, si può dire: l'azione compiuta dal rappresentante è considerata come se lo fosse dal rappresentato. E riferendo quest'espressione al caso nostro avremmo, nello stesso modo, che il lavoro compiuto da una persona si considera (per ciò che è nella destinazione del risultato) come se fosse stato compiuto dallo stesso creditore del lavoro da cui l'incarico è venuto. E in questa espressione, infatti, mi sono imbattuto talora ²⁾.

Io ho altra volta combattuto questa costruzione del Chironi ³⁾, e qui debbo insistere ancora, aggiungendo, a quanto allora scrissi, che l'istituto della rappresentanza presuppone un atto giuridico, consistendo essa in un fenomeno di deviazione degli effetti giuridici di un atto negoziale dalla persona di chi lo pone in essere al patrimonio di un'altra persona a cui l'affare appartiene. L'estendere questo fenomeno di deviazione agli effetti economici, al risultato economico del

vare se non dal contratto o dalla legge. Cfr. per qualche relazione REDENTI, in *Foro it.*, 1913, I, 1143.

¹⁾ *Colpa extracontrattuale* (II ed.), I, p. 261 sg.; II, n. 141.

²⁾ Ne faceva uso specialmente la vecchia dottrina in materia di mandato che spesso, ma non necessariamente, era riferito alla rappresentanza. Così il POTHIER, *Mandato*, n. 10: il mandante è reputato fare egli stesso per mezzo del suo mandatario. E la teoria, ormai superata, con cui si ricostituiva l'istituto della rappresentanza.

³⁾ *Responsabilità per fatto altrui, in ispecial modo a mezzo di animali*, in *Rivista ital. per le sc. giurid.*, 1898, pag. 83 e seg. dell'Estr.

lavoro è un creare, degli equivoci, uno svisare, a mio avviso, il carattere sostanziale dell'istituto della rappresentanza. Questa costruzione fu tentata per spiegare la responsabilità del creditore del lavoro per il fatto dannoso compiuto dal debitore del lavoro (subordinato, secondo i più). Ma non occorre tanto per spiegare l'art. 1153 cap. 3.^o.

32. Il concetto giuridico del lavoro dal punto di vista della sua utilità però è, devo subito dirlo, più ampio di quello in base al quale gli economisti sogliono definire e considerare il lavoro. Per lo più gli economisti lo assumono con riguardo alla produzione, e escludono dal quadro delle loro indagini il lavoro cosiddetto « improduttivo », cioè che non ha uno scopo di produzione. Si dice infatti che il lavoro nel « contratto di lavoro » deve essere lavoro economico, cioè che ha un fine utile: e si aggiunge: l'utilità sta in uno scopo di produzione o di distribuzione delle ricchezze ¹⁾.

Premettiamo che questa differenza tra lavoro produttivo e improduttivo è molto contestata anche nel mondo economico; e che inoltre da alcuni si arriva a negare praticamente l'importanza col dare una grande latitudine di portata all'espressione « lavoro produttivo », di cui si farebbe un sinonimo di lavoro ofelimo, cioè utile, atto a soddisfare un bisogno del creditore del lavoro ²⁾. Aggiungo poi che talora nelle esclusioni fatte dagli economisti si può concordare, ma per tutt'altra ragione. Così si dice che il trasferimento di una cosa da una mano all'altra è improduttivo, quindi esorbita dal contratto di lavoro; sarebbe lavoro lucrativo, che giuridicamente come tale non avrebbe importanza alcuna perchè non produce, vi ha pura attività commerciale. Ora su ciò si è perfettamente d'accordo; ma perchè in realtà prevale il dare al fare, quindi vi ha un'attività di lavoro puramente accessoria, e il contratto non è di lavoro.

Tutto ciò premesso sarà inutile insistere sul fatto che il diritto disciplina anche il lavoro che non è produttivo, cioè che non aumenta le ricchezze ofelime dell'uomo ³⁾ e in ispecie anche il lavoro che non conduce a risultati materiali.

33. Il lavoro può imprimersi su una cosa materiale, ad es. mutandone la forma; oppure non imprimersi più o meno durevolmente sulla materia; nel primo caso il lavoro perviene ad un risultato che si estrinseca sotto forma di una cosa, di un prodotto a cui il lavoro ha aggiunto una qualità che prima non aveva, rendendola atta a soddi-

¹⁾ LIESSE, *Du travail*, p. 71. Il SAY definisce il lavoro anche più esplicitamente « l'action suivie a laquelle on se livre pour exécuter une des opérations de l'industrie », una definizione che anche dal punto di vista economico è troppo ristretta.

²⁾ BLANQUI, cit. dal MARLO, *Untersuchungen ueber die Organisation der Arbeit*, pag. 79.

³⁾ Unico criterio esatto per determinare la produttività del lavoro secondo LEROY-BEAULIEU, *Trailé*, I, 154.

sfare con ciò bisogni nuovi a cui, prima dell'elaborazione, non era in grado di soddisfare. Nel secondo caso nulla di tutto ciò: non abbiamo che un dispiegamento di energie di lavoro, che o si esercita direttamente su una cosa materiale, o ne prescinde completamente; ma nel primo caso non aggiunge alla cosa nessuna nuova qualità che ne aumenti e modifichi l'ofelimità ¹⁾. Essa rimane intatta, non vi ha una elaborazione modificatrice, e quindi creatrice di una *res nova*, nel caso in cui la modificazione abbia toccato le qualità sostanziali. In tal caso si suole parlare di un semplice « servizio » ²⁾, cioè di lavoro che perviene a risultati immateriali, benchè materiali e sensibili possano essere i mezzi per giungervi, e taluni degli atti compiuti a tale scopo ³⁾. Nel primo caso invece si discorre di lavoro che perviene a risultato materiale: che poi questo risultato materiale sia costituito da prodotti conservabili, oppure da prodotti non conservabili, fugaci, è distinzione che interessa soprattutto l'economista, e cioè la possibilità di formazione del capitale, ma non rileva gran che giuridicamente. Quindi ci limiteremo a questa pura distinzione, non ponendo accanto ai servigi personali i prodotti fugaci, come fa ad es. il Ricci ⁴⁾.

E l'una l'altra forma di lavoro sono sempre applicazioni del medesimo concetto di lavoro, come attuazione di energie, di attività per un'utilità altrui. Naturalmente i due casi hanno differenze giuridiche che, senza portare ad antitesi strutturali, eliminanti la sussumibilità nel medesimo tipo di negozio, portano però qualche differenza di trat-

¹⁾ Quindi non è a mio avviso esatto limitare, come fa il Ricci, il « servizio » (op. cit. pag. 42) alle modificazioni che il lavoro umano produce direttamente sugli organi senzienti di un altro uomo », come se dovesse sempre escludersi l'interposizione di materia atta al lavoro dell'artista, del dentista, ecc. Vi è anche il « trasporto » che è certo un servizio; si può anzi dire che conferisce alla materia la qualità nuova della accessibilità da uno a un altro luogo.

²⁾ « Servizio personale » dicono alcuni, per accentuare il carattere di questo lavoro non già in quanto proviene da una persona (ciò è vero per qualunque lavoro), nè perchè fatto a una persona (LEXIS, *Allgemeine Volkswirtschaftslehre*, 1910, pag. 53): anche questo è vero per qualunque lavoro; ma perchè è diretto immediatamente alla persona, più che a una trasformazione della cosa.

³⁾ Alcuni chiamano servizio o servizio personale, con portata amplissima, anche l'utilità che il creditore del lavoro, qualunque esso sia, risente dalla prestazione a lui diretta (ad es. il Ricci, op. cit., pag. 50-51): cioè la stessa prestazione di lavoro dal punto di vista di chi la riceve. Altri (come il PHILIPPOVICH, *Politische Oekonomie*, I, p. 111) chiamano così la attività di lavoro risultante dalle relazioni sociali tra nomini e assumente la forma di « prestazione » (o manifestazione di attività) di una persona ad un'altra: la prestazione di lavoro, dunque, in generale! Noi limiteremo la portata della parola « servizio », tanto per intenderci, al lavoro che perviene a risultato immateriale. Quanto al significato in cui la parola servizio (*Dienste*) è assunta dal Cod. civ. germ. vedremo a proposito del lavoro tecnicamente subordinato (locazione d'opere).

⁴⁾ Op. cit., p. 43.

tamento giuridico ¹⁾). Del resto nessun Codice, ch'io sappia, fa menzione di questa differenza tra le due categorie che ora abbiamo schizzato ²⁾ e si capisce, dal momento che non vi si riconnette nessuna sostanziale differenza giuridica. Il tipo negoziale « contratto di lavoro » è sempre quello. Spetta alla scienza il rilevare sulla scorta di disposizioni legislative sparse l'opportunità di questa classificazione. Il Loewenfeld e il Rosin ³⁾ invece propugnarono anche la codificazione di questa distinzione; ma, a quanto pare, il Rosin si limita a un questione puramente terminologica.

Certo, il diritto deve preoccuparsi di questa distinzione, ma non specialmente dal punto di vista del contratto di lavoro, cioè della prima fase in cui ha luogo l'elaborazione del risultato (materiale o immateriale). Dal punto di vista della fase successiva, presupponente già formato il risultato, è innegabile la importanza della non conservabilità e quindi della non accumulabilità del prodotto immateriale, del quale non è possibile se non l'uso diretto; il creditore del lavoro non può poi rinnovare a piacere il godimento di quel risultato, una volta cessata l'attività che lo produce. Ora, tutto questo conduce a ciò: che per questi servigi non è possibile tutta una attività economico-giuridica (deposito, pegno, prestito, possesso, proprietà, rivendicazione) che è possibile per il prodotto materiale ⁴⁾.

Anche nella prima fase (ma in minor misura) è opportuno talora distinguere tra le due forme di risultato del lavoro, come già abbiamo visto. Così la scienza giuridica potrà rilevare questa distinzione per ricordare come il lavoro per risultato materiale si presti, più largamente dei servizi personali, alla organizzazione economico giuridica della grande industria, mentre i servizi personali danno un contingente molto forte all'esercizio individuale di lavoro autonomo: ricordo le professioni liberali, l'artigianato, ecc. ⁵⁾. Naturalmente questa non

¹⁾ Che il servizio personale sia un risultato immateriale parrebbe non doversi porre in discussione. Invece è stato qualche volta ritenuto il contrario, si è cioè ritenuto che non vi siano prodotti o risultati immateriali, perchè, per es., il canto dell'artista non è che la produzione di onde sonore; il maestro che insegna, il medico che dà un parere, si giova appunto dell'aria nello stesso modo. Ciò può avere qualche importanza quanto alla possibilità di fissare durevolmente il servizio (es. col grammofofono o colla cinematografia).

²⁾ Il codice germanico, dove definisce il « contratto di servizi » (locazione di opere) aggiunge « servizi di qualunque natura », senza distinguere.

³⁾ Op. cit., I, p. 146.

⁴⁾ SUPINO, *Econ. polit.*, p. 33. L'improduttività del servizio, seppure, non è qualità rilevante dal punto di vista del contratto di lavoro.

⁵⁾ Cfr. PHILIPPOVICH, op. cit., II, 1, 98. Non so perchè il CONRAD, *Lohn und Rente* (1909), p. 137, distingue le professioni liberali dai servizi personali. Quanto alla possibilità di maggior autonomia per il servizio personale cito il CHERBULIEZ, in *Bibl. dell'Econom.*, I, 10, p. 758, Forse a ciò contribuisce la non necessità di

è regola costante: mi basta ricordare il contratto di trasporto che conduce a un servizio, a un risultato immateriale, si ritenga o no che questo risultato ha carattere industriale ¹⁾ e che tuttavia può presupporre un'organizzazione economico-giuridica vastissima. E così per le imprese di spettacoli, ecc.

Si deve anche osservare che pei servizi non può mai farsi la questione se il contratto sia contratto di lavoro o compra-vendita: non essendovi un prodotto accumulabile manca il presupposto per una compra-vendita, che implica trasferimento di una ricchezza (anche incorporea: es. la proprietà industriale) conservabile dopo cessata la attività che l'ha prodotta.

Il lavoro a risultato materiale si incorpora nella materia: il destinatario di essa non ne usa che indirettamente (cioè pel tramite della cosa). Invece l'uso che il creditore del lavoro fa del servizio personale è diretto, immediato ²⁾, come vedemmo. Da ciò applicazioni di norme differenti, in quanto ad es. il servizio personale esclude tutte le norme che presuppongono l'elaborazione di materia prima (così ad es. la consegna e il collaudo del prodotto materiale) o in quanto per il fatto che l'utilità di questi servizi si esaurisce e consuma nell'atto in cui sono prodotti, debbono essere consumati nel momento in cui vengono creati, sotto pena di perdere ogni effetto utile ³⁾.

Ma tutto ciò ammesso è a ritenere anche che questa distinzione non ha per l'indagine giuridica una vera importanza; lo asserisce lo stesso Wagner per l'indagine economica ⁴⁾.

materia prima altrui da elaborare, e creante facilmente un rapporto di subordinazione all'imprenditore che la somministra.

¹⁾ Secondo che si veda nel trasporto, o no, un'attività di lavoro che abbia per effetto l'aggiunzione alla cosa trasportata di una qualità nuova (l'accessibilità), che non aveva prima, e che la rende atta a soddisfare un nuovo bisogno. Naturalmente discorriamo di attività « industriale » in senso proprio.

²⁾ Cfr. MALTHUS, in *Bibl. econ.*, I, 5.º, pag. 163; LEXIS, op. cit., p. 8; WAGNER, *Allg. oder theoret. Volkswirtschaft.*, p. 28. Perciò il diritto a una prestazione di lavoro siffatta, benchè patrimoniale, non può utilmente far parte dell'attivo a disposizione dei creditori del creditore del lavoro eventualmente fallito. Ma anche questa non è regola assoluta. Si supponga l'obbligo di cantare per un disco fonografico; mi par certo che la possibilità di materializzare il risultato immateriale conservandolo ne faccia una prestazione utilizzabile anche dai creditori. Ma qui non siamo più in presenza di un puro risultato immateriale. Cfr. BINDER, in *Archiv f. das burg. Recht*, XXXIV, p. 230.

³⁾ RICCI, *Il capitale*, p. 41.

⁴⁾ In *Bibl. dell'econom.*, II, 7.º, pag. LIX-LX, III, 1.º, pag. LII seg.; cfr. pure CHOLMARS, *ivi*, I, 8.º, pag. 1007. Si noti che questa distinzione non coincide affatto con quella del lavoro prevalentemente materiale o mentale. Si pensi all'uomo che lungo i canali di Venezia tien ferma la gondola, o al domestico che vi mette il soprabito; e d'altra parte il fabbricante di strumenti di precisione (cfr. RICCI, op. cit., p. 38, nota 1). Ricorderò anche come secondo il MALTHUS, cit.,

Anzi è noto come il Ferrara l'abbia energicamente combattuta. Anche dal punto di vista giuridico ne ha negata la rilevanza il Lexis ¹⁾.

E infatti è distinzione che cade in considerazione per questioni e argomenti particolari; ma che non si presta a una sostanziale distinzione giuridica. In ambo i casi vi è lavoro, e lavoro per un risultato: risultato materiale o immateriale. Che questo risultato immateriale possa essere concepito come bene o ricchezza non si potrà negare, almeno se si prescinde dal punto di vista rigidamente economico imperniato sulla immediata produttività; è ricchezza, quindi è cosa giuridicamente qualunque porzione del mondo esteriore che è utile all'uomo, e non si ottiene se non con sacrificio personale ²⁾.

CAPO TERZO.

GLI ELEMENTI TIPICI DEL CONTRATTO DI LAVORO (*contin.*).

LA RETRIBUZIONE DEL LAVORO.

§ 1. — *Natura della mercede.*

SOMMARIO. — 34. Lo scambio di lavoro contro mercede. — 35. Denominazione per indicare la mercede. — 36. Le mancie e le gratificazioni. L'art. 13 del regolamento infortuni sul lavoro. — 37. Conseguenze della continuata attribuzione di compensi volontari. — 38. E del venir meno di questi compensi volontari. — 39. Se la pensione e i premi per l'assicurazione contro gli infortuni siano una forma di mercede. — 40. La mercede nello scambio e negli intenti soggettivi che si propone chi la stipula per sè. — 41. Se la ragione soggettiva della mercede si imprima nel contratto di lavoro meno della ragione soggettiva del lavoro. La mercede come reddito. — 42. Se sia prodotto o frutto civile. — 43. Critiche e opinioni contrarie alla funzione primaria di equivalenza propria alla mercede. — 44. La mercede e le spese, come diritto del debitore del lavoro. — 45. Pagamento della mercede e rimborso delle spese. — 46. Mercede e indennizzo. — 47. Le indennità, come appendice alla mercede.

34. Fin qui ci siamo occupati del lavoro, cioè di quel termine che è l'elemento fondamentale, come vedemmo, il perno a cui è raccoman-

pag. 171, sia possibile determinare il valore per il lavoro a risultato materiale; non lo sia per i servizi: altra affermazione molto combattuta, a ragione, nel campo economico.

¹⁾ Op. cit., p. 54.

²⁾ Del resto se fondata fosse la ragione per la quale ADAMO SCHMIDT sosteneva l'improduttività dei servizi, perchè nè aggiungono nè producono valore alcuno, non vi potrebbe essere contratto di lavoro in cui la prestazione fondamentale sia di servizi personali. Invece che vi sia una mercede per l'opera dell'avvocato, del docente, ciò significa che è lavoro utile: MARLO, *Untersuchungen ecc.*, p. 72-73. La utilità della prestazione è sufficiente per la sua economicità. È forse perciò che il SIMON (*Le travail*, p. 3) corregge la definizione del lavoro data dal SAY (sopra, p. 105, nota 1) colle parole « pour produire un résultat utile ».

data la distinzione di questo da altri contratti a titolo oneroso. Ma perchè il contratto abbia la sua caratteristica e tipica impronta, oltre al lavoro occorre si aggiunga anche l'altro elemento, che è la mercede.

Come primariamente interessato al lavoro è il contraente a cui il lavoro è destinato, che di esso ha bisogno pel raggiungimento di scopi propri, così la parte primariamente interessata alla mercede è chi della mercede abbisogna, e ad essa aspira come a mezzo di sostentamento. Già qui ci si rivela l'importanza dell'interesse soggettivo che il lavoratore ha ad ottenere la mercede. Ma mercede non è un termine isolato, ma termine di un rapporto: mercede con lavoro. In pratica si trovano di fronte da un canto una persona che domanda del lavoro, perchè ne ha bisogno per i propri scopi; e dall'altro un'altra persona che domanda una mercede, perchè pure ne ha bisogno. La prima deve sobbarcarsi al pagamento della mercede; la seconda alla prestazione di lavoro. Ecco la lotta preliminare tra i due opposti interessi che finisce nel punto in cui i due interessi opposti trovano il loro soddisfacimento, a giudizio dei singoli aspiranti al contratto. Quando questi sono soddisfatti, o, comunque, ritengono meno peggio lo stipulare il contratto al non stipularlo, i termini dello scambio sono conchiusi, il contratto di lavoro si stipula ¹⁾.

La caratteristica fondamentale del contratto di lavoro è data dunque da ciò: che ognuna delle parti è determinata a stipularla esclusivamente dall'impulso egoistico di fini propri: di un interesse proprio da attuare o da un proprio bisogno da soddisfare, qualunque sia, come s'è visto, la natura di questo bisogno. L'uno mira solo ad avere del lavoro per lo scopo che si propone; l'altro ad avere del denaro con cui provvedere al proprio sostentamento. Per quanto si vogliano porre in seconda linea, da un punto di vista contrattuale (e ciò è esatto, come vedremo), questi scopi soggettivi, ciò non toglie che non si può intendere la struttura giuridicamente di contratto a titolo oneroso e commutativo, economicamente di « scambio » ²⁾, proprio del nostro con-

¹⁾ Sarà inutile osservare che questa caratteristica fondamentale della mercede è rilevata da tutti gli scrittori, sia giuristi che economisti. Non foss'altro chi consideri il salario come il valore del servizio cui corrisponde implicitamente riconosce nella mercede il corrispettivo equivalente al lavoro. Tralasciamo quindi citazioni in proposito, perchè dovrei passare in questo senso in rassegna una gran parte della letteratura specialmente economica, vastissima, su tale argomento. Ricorderò ancora tra i nostri lo stesso RICCA-SALERNO, *Teorie del salario*, p. 2, che definisce il salario « una forma speciale di remunerazione del lavoro » quantunque, come vedremo, il concetto sostanziale del RICCA-SALERNO sia ben lungi dal considerare la mercede in funzione del lavoro.

²⁾ A proposito di questo concetto, così diffuso, di uno « scambio » economicamente insito nel contratto di lavoro debbo fin d'ora osservare che a quest'espressione faremo ricorso per comodità di espressione, salvo a suo luogo esaminare se veramente uno scambio qui sussista.

tratto, se non prendiamo le mosse dall'accento a questi impulsi egoistici contrapposti. Vedremo poi l'importanza grande che questo fatto ha nella determinazione delle differenze con altri tipi di contratto (mandato).

Ma quella lotta di egoismi che è il contratto a titolo oneroso conduce come abbiamo visto a una necessaria compenetrazione dei due opposti interessi, in quanto l'uno non può essere attuato se non si attua anche l'altro. In questo reciproco collegamento, che è il risultato della lotta tra i due impulsi soggettivi opposti, sta l'importanza primaria e fondamentale dell'accordo contrattuale, che a quel collegamento dà vita. L'uno può ricevere la prestazione di lavoro che gli occorre, ma dovrà pagare perciò una retribuzione. L'altro potrà avere la mercede che gli occorre, ma dovrà perciò (di regola prima di poter esigere la mercede) assoggettarsi a una prestazione di lavoro. Per tutti e due il raggiungimento del proprio scopo è subordinato a un proprio sacrificio, dato dalla necessità che sia soddisfatto anche l'interesse proprio dell'altro contraente. E va da sé che sarà applicata la legge economica del minimo mezzo: ognuno farà in modo che il proprio sacrificio sia il minimo possibile. Il creditore del lavoro pagherà meno mercede che può, il lavoratore lavorerà il meno possibile, compatibilmente, l'uno e l'altro, colle esigenze dell'altro contraente.

In questa sua fondamentale qualità di corrispettivo del lavoro la mercede ci si presenta or qui or là nel sistema legislativo. In questo senso ci si affaccia la mercede anzitutto nella definizione dell'art. 1570. E l'art. 13 del regolamento per la esecuzione della legge sugli infortuni (13 marzo 1904) definisce così il salario: « Si intende per salario o remunerazione o guadagno dell'operaio tutto ciò che questi riceve per retribuzione del suo lavoro ». Così pure l'art. 41 della legge t. u. sulla lassa di registro (20 maggio 1897) discorrendo delle locazioni di cose e di opere a tempo determinato accenna alla tassa dovuta dal cumulo dei « prezzi o corrispettivi ». A questo proposito fu ritenuto che col prezzo si alludesse alle locazioni di cose, e il corrispettivo si riferisse alle locazioni di opere. Ma in realtà quella locuzione è indeterminata, come lo dimostra il testo dell'articolo: si può chiamare prezzo anche la mercede ¹⁾, benchè l'uso comune limiti preferibilmente il « prezzo » alla vendita, secondo la terminologia accolta dal Codice civile. Del resto lo stesso Codice discorre di « prezzo » a proposito della mercede pattuita a favore di un architetto o imprenditore di costruzione edilizia (art. 1640). Prezzo è in genere il

¹⁾ Così Cassaz. Roma, 4 marzo 1911, *Foro it.*, 1911, I, 401. Tant'è vero che il porto (la mercede pel trasporto dovuta al vettore, art. 395, 415, C. comm.) è chiamato anche « prezzo di trasporto » (art. 403); e l'art. 395, n. 5 ricorda la sinonimia dei due vocaboli.

compenso (per lo più in denaro) dovuto a corrispettivo di una prestazione, che può essere di dare, di permettere l'uso di una cosa, di fare, o anche una prestazione negativa¹⁾. Certo è, ad ogni modo, da respingere l'opinione della Corte Suprema di Roma, cit., per la quale « prezzo » sarebbe la mercede pattuita; « corrispettivo » invece sarebbero le ulteriori prestazioni dovute dal creditore del lavoro, e atte ad integrare il prezzo. La Corte accenna, come esempio, a rimborsi di imposte. E una distinzione affatto arbitraria²⁾.

A questo punto di vista si riferiscono pure le norme che disciplinano il pagamento della mercede in caso di mancato adempimento della prestazione (per malattia, per servizio militare, ecc.), o il tempo in cui si ha diritto al pagamento della mercede (dopo eseguito il lavoro; *post-numerando*, non *prae-numerando*). E gli art. 1635 e seg. che disciplinano il rischio del lavoro, in caso di perimento, cioè del perimento fortuito della cosa dovuta e più o meno pronta per essere consegnata dal conduttore d'opera, sono appunto informati a questo ordine di idee.

35. Questa mercede assume in pratica nomi vari, secondo la natura delle prestazioni di lavoro a cui si riferisce. Già abbiamo visto l'espressione « prezzo ». Un'altra espressione generica, adattabile a qualunque tipo di lavoro, è quella ora usata di « mercede », o di « compenso » benchè la prima indichi più esattamente, almeno nell'uso comune e nella terminologia giuridica, il corrispettivo della prestazione tipica di lavoro. La definizione generale dell'art. 1570, sulla quale noi imperniamo questi prolegomeni del trattato nostro, usa appunto la parola « mercede »: ed è a ricordare che la definizione di quell'articolo si riferisce al contratto di lavoro nella sua più lata accezione. « Retribuzione »³⁾ o « remunerazione » sono sinonimi perfettamente di mercede⁴⁾ o compenso. Di compenso discorrono gli art. 1737 e 1753 a proposito del mandato retribuito, che (come vedremo) rientra perfettamente nel contratto di lavoro. Infine ricordo pure, in questo senso generale, la parola « emolumento »⁵⁾.

¹⁾ Cfr. pure art. 351 della legge sui lavori pubblici.

²⁾ Così pure è inutile sottigliezza escludere nella mercede il carattere del « prezzo », perchè il lavoro non è merce, non vi ha quindi vendita del lavoro (cfr. BODEUX, *Études du contr. de travail*, p. 384), ciò che del resto, come vedremo, è perfettamente vero.

³⁾ Es. art. 722. C. comm. quanto all'opera del curatore. Cfr. art. 10 testo unico sullo stato civ. degli impiegati, 22 nov. 1908, n. 663.

⁴⁾ Di « mercede » discorrono l'art. 2139 per l'opera degli ufficiali giudiziari, l'art. 1958, n. 8 per quella degli albergatori, ecc. Ma in genere ha portata latissima (cfr. art. 1637). Cfr. pure art. 1876 pel sequestratario; art. 2, n. 2 1.º comma, testo unico infortuni sul lavoro.

⁵⁾ Es. art. 1 legge 13 luglio 1910, n. 414 che estende agli operai dipendenti

La parola « salario » nell'uso comune allude più propriamente alla mercede nella locazione di opere, cioè di lavoro subordinato ¹⁾. Anzi, più ristrettamente ancora a una categoria di locazioni d'opere: cioè al lavoro subordinato prevalentemente muscolare ²⁾. Di salario ad es. discorre l'articolo 2139 per l'opera dei domestici, operai e giornalieri, l'art. 1956, n. 4 per le persone di servizio, gli art. 521 e seg. Codice commercio per l'equipaggio. Ricordo qui quanto sopra si è detto a proposito della espressione « contratto di salariato », espressione che vorrebbe sintetizzare nella forma più concisa la condizione di dipendenza, anzi di asservimento (come taluni dicono) tecnico ed economico del proletario.

Appunto perciò la parola « salario » è sembrata a qualcuno ³⁾ parola umiliante; e fu proposto ad occasione degli studi per il progetto francese di legge sul contratto di lavoro di sostituirci la parola « remunerazione » nella definizione del contratto di lavoro. Altri osservò invece che conservandola quella parola sarebbe stata elevata a dignità maggiore, si sarebbe nobilitata, tanto più che il contratto di lavoro comprende anche le professioni liberali. Veramente tutto ciò non ha soverchia importanza giuridica: osservo solo l'erroneità della critica a quella espressione, fondata su ciò che il salario può essere dato anche in natura, e che in tal caso vi ha, per parte del creditore della mercede (cioè del debitore del lavoro), la rinuncia a un credito, non vi ha il « pagamento » di un salario. L'errore sta nell'avere ritenuto che il « pagamento » si riferisca solo ai debiti pecuniari; questo errore fu rilevato dall'associazione in seno alla quale si discuteva, e fu perciò ammessa l'espressione « pagare una remunerazione » ⁴⁾.

Altri ha limitato il « salario » alla retribuzione del solo lavoro, escluso quindi il corrispettivo della materia prima somministrata dall'artefice, il nolo e il deperimento degli strumenti da lavoro: sarebbe la mercede di chi si limita a dare il proprio lavoro con strumenti altrui, e su materia prima altrui ⁵⁾.

dallo Stato le disposizioni sulla cedibilità degli stipendi. È però da notare che questa legge evita la parola stipendi, riferiti agli impiegati, da cui sono distinti, come vedremo, gli operai. In realtà però la parola « emolumenti » ha portata generalissima.

¹⁾ In un senso latissimo si è usata talora la parola « salario » per alludere in genere al reddito che taluno riceve col proprio lavoro. Ad es. si legge talora del salario dell'industriale (salario per profitto): inesattamente, come si capisce, secondo la tecnica terminologia. Più latamente ancora, a prescindere dal lavoro, il MIRA-BEAU poteva dire che i proprietari sono tutti salariati.

²⁾ DELLA VOLTA, *Le forme del salario*, p. 62. Si vegga infatti il testo unico e il regolamento per gli infortuni sul lavoro.

³⁾ Cfr. in PERREAU, *Le contrat de travail*, p. 122-123, dove è citato il BECHMANN.

⁴⁾ E l'Associazione nazionale francese per la difesa legislativa del lavoratore. Cfr. PERREAU, op. cit. 125.

⁵⁾ DELLA VOLTA, *Forme del salario*, p. 37.

L. BARASSI. — *Il contratto di lavoro, ecc.* — 2.^a ed. — 8.

La parola stipendio allude alla retribuzione di opere non prevalentemente manuali; e lo stesso, e anzi con maggior sicurezza, può ammettersi per la parola onorario ¹⁾; qui l'etimologia giustifica pienamente questo riferimento ²⁾. A differenza dell'onorario, che può concernere una prestazione di lavoro per uno scopo determinato che non sia a tratto successivo, lo stipendio richiama a preferenza il concetto di un lavoro continuato e duraturo; ad es. del rapporto di servizio proprio del contratto di impiego ³⁾. Infatti il testo unico sullo stato civile degli impiegati discorre solo di stipendi a proposito degli impiegati la cui funzione è duratura (cfr. pure art. 591, C. proc. civ.), mentre gli articoli 207, 370, C. proc. civ. riferiscono la parola « onorario » all'opera prestata dal perito o dal procuratore. E meglio ancora: l'art. 2140, C. civ. chiama stipendio il compenso per l'opera dei maestri, professori, ecc. la cui opera è richiesta per un tempo più lungo di un mese; onorario la mercede dovuta alle professioni liberali (avvocati, procuratori, medici notai) ⁴⁾. La parola « paga » nell'uso comune è riferita alle mercedi dei lavori prevalentemente manuali, per lo più basse mercedi. L'art. 2 della legge 13 aprile 1911, n. 310 (legge Sacchi sui miglioramenti economici del personale ferroviario) parifica stipendi e paghe a proposito di mercedi di una certa entità.

Assolutamente infondato è poi il criterio differenziale che il Giorgi pretende sussista tra salario e mercede, in quanto il primo indicherebbe la retribuzione determinata secondo la proporzione al valore dell'opera prestata; e lo stipendio invece la retribuzione proporzionata

¹⁾ A questa differenza tra mercede e stipendio si sono riconnessi talora (e lo vedremo nel § 2 appr.) effetti che in realtà non hanno alcuna ragione di sussistere.

²⁾ La Cass. Napoli, 9 giugno 1906, *Foro it.*, 1906, 1, 859 afferma che pel significato e per l'etimologia la parola stipendio corrisponde ad onorario.

³⁾ CORNELISSEN, *Théorie du salaire*, p. 24. Spesso l'onorario e lo stipendio sono mercedi per servizi personali, che la vecchia dottrina economica (e non quella solamente!) chiamava improduttivi; costituiscono il cosiddetto reddito originario distinto dalle mercedi e salari del lavoro produttivo (reddito derivato). Ma questa distinzione è tutt'altro che coincidente necessariamente con quella tra stipendio e onorario da una parte e mercede e salario dall'altra (si dà il salario al facchino, e lo stipendio all'ingegnere industriale); è quindi per sé una distinzione priva d'ogni importanza giuridica, e molto contestata anche su terreno economico, cfr. CONRAD, *Lohn und Rente* (1909), p. 137. In fondo la mercede è sempre derivata, in tutti e due i casi; cioè ottenuta a mezzo di quello che per lo più si chiama lo scambio di lavoro con danaro; il medico non saprebbe che farsi delle sue cognizioni, così come il fabbricante della sua stoffa; o almeno sarebbe un'utilità sproporzionata.

⁴⁾ Però l'art. 499 C. comm. usa la parola « stipendio » per alludere alla retribuzione in genere delle persone che comporranno l'equipaggio. Ciò sta bene, quanto alla durata delle mansioni, ma quanto alla prevalente manualità prova che a queste differenze terminologiche non si deve dare maggior importanza di quello che meritano, tanto più in un codice come il nostro.

al tempo impiegato. La cosa è vera per lo stipendio, che si riferisce appunto a un lavoro continuato e duraturo, e in cui il lavoro è prestato secondo il criterio del tempo. Ma il salario può pure riferirsi al tempo, non allude necessariamente al cottimo.

Talora la parola indicante la retribuzione designa in modo indubbio la natura della prestazione di lavoro a cui si riferisce esclusivamente ⁴⁾: così, senza parlare del « diritto di mediazione » (art. 32, C. comm.), la parola « provvigione » richiama l'opera del mandatario commerciale o del commissionario (art. 361, C. comm.); la parola « porto » quella del vettore (art. 395, 415, C. comm.). La parola scelta può indicare anche il tempo in cui il pagamento della retribuzione avviene (es. « mensile », e talora anche la « settimana »; « il quartale » per gli artisti del palcoscenico).

36. Naturalmente non è mercede se non ciò che il lavoratore « riceve per retribuzione del suo lavoro » come dice l'art. 13 regol. infortuni sul lavoro citato; ma oltracciò occorre che la somma ricevuta dal lavoratore sia in relazione di onerosità col lavoro, quindi rappresenti un suo diritto maturato coll'adempimento della prestazione. Perciò non sono mercede le somme corrisposte al lavoratore puramente per liberalità del creditore del lavoro, benchè anche queste siano una retribuzione del lavoro. Esse sono rette e disciplinate puramente dal beneplacito del creditore del lavoro, non rientrano nel quadro contrattuale dei diritti e dei doveri scendenti dal contratto di lavoro. E anche l'art. 13 cit. esclude dal « salario » di cui si tiene conto per l'aumentare dell'indennità queste somme ricevute a titolo di premio, di gratificazione o di indennità, e che sono dovute a « generose elargizioni fatte per una volta tanto dal capo o esercente dell'impresa, industria o costruzione ».

Argomentando *a contrariis* si dovrebbe dedurne che siano comprese nel salario queste somme se attribuite non una volta tanto, ma periodicamente. Ma la periodica rinnovazione di questo atto di liberalità finchè proprio rimane un puro atto di generosità non può assolutamente influire, come vedremo, fino a mutare la natura di queste attribuzioni.

Rimane a vedere se a questa opinione si opponga in modo insuperabile l'art. 13 cit. Ora qui bisogna partire da quello che è il criterio proprio della legge sugli infortuni quando pone il salario come base per la valutazione dell'indennità. Bisogna permettere che indubbiamente le gratificazioni ecc. che siano generose elargizioni non fatte una volta tanto, ma ripetute periodicamente dovrebbero, stando alla interpretazione letterale di quell'articolo, computarsi nella mercede. Io veramente non escludo che in pratica una attribuzione patrimoniale

⁴⁾ Cfr. pure LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 119.

siffatta possa ripetersi, alla lunga, senza con ciò creare per lo più una aspettativa nel lavoratore, e col tempo trasformarsi, rientrando nella mercede cui il lavoratore ha diritto: è argomento su cui torneremo poi. Ad ogni modo è certo che casi di vera elargizione ripetuta non mancano: ad es. le mancie che per consuetudine si danno ai lavoratori manuali a certe epoche dell'anno; e ogni altra forma di gratificazione anche per categorie di lavoratori più elevate. Argomentando dunque *a contrariis* dell'art. 13 queste norme e queste gratificazioni dovrebbero rientrare nella mercede perchè, anche se elargizioni spontanee e generose, non sono ad ogni modo elargizioni fatte una volta tanto.

Ora, ciò premesso, bisogna ritenere che la legge sugli infortuni, che è legge di protezione delle classi lavoratrici (in realtà « anche » delle classi lavoratrici, perchè ne ritraggono vantaggio pure gli industriali per varie ragioni), abbia preso in considerazione non già la mercede in senso rigorosamente tecnico (cioè ciò che è dovuto al debitore del lavoro, che rientra nel sinallagma contrattuale), ma in generale i guadagni che il lavoratore ha fatto come remunerazione del lavoro. Questo è un concetto assai lato, perchè vi rientra *a)* anzitutto il vero salario: la remunerazione dovuta all'operaio, cui questi ha diritto; *b)* e inoltre le liberalità ricevute in contemplazione del lavoro fatto o da fare. In questa seconda categoria rientrano le mancie, le gratificazioni ecc..., che non saranno magari veri e propri doni remuneratori, cioè donazioni manuali fatte « per speciale remunerazione », o « per riconoscenza » o « in considerazione dei meriti del donatario »; ma indubbiamente sono attribuzioni patrimoniali a titolo gratuito, a cui non sono applicabili le regole delle vere donazioni (art. 1051); e che sono vincolate da un nesso col lavoro prestato che ne costituisce il motivo (non la causa) ¹⁾ determinante. Il terzo che paga le mancie bene spesso vi si sentirà trascinato dall'abitudine, dall'esempio di quel che fanno gli altri, dal non volere usare una scortesia; il Lotmar ²⁾ ne fa anzi uno dei doveri morali che a termini del § 814 Cod. civ. germ. rendono irripetibile la prestazione non dovuta. Tutto ciò è ammissibile e per-

¹⁾ Il Trib. di Roma, 23 dic. 1910, in *Contr. lav.*, 1912, 49, ha creduto di poter dare del salario nel suo concetto economico-giuridico un criterio negativo; « dal concetto di salario rimane escluso quel guadagno che percepisce l'operaio da altra fonte, ancorchè in occasione del lavoro, ma non per causa diretta di esso ». Il nesso causale diretto sarebbe dunque sufficiente; e certo un nesso siffatto vi ha anche nel dono remuneratorio per cui la prestazione di lavoro è motivo e non causa nel senso giuridico, ma un motivo che implica pur sempre un diretto nesso causale. Ad ogni modo questa ampia concezione si riferisce alla remunerazione, in genere, non al salario: qui sta l'errore del tribunale, cagionato dalla cattiva formulazione dell'art. 13.

²⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 700, n. 2.

fettamente conciliabile con la gratuità di questa attribuzione non preceduta da vincolo obbligatorio determinante. Anche qui, come per la mercede, abbiamo una remunerazione del lavoro (questo ammette anche l'Ascoli ¹), che a ciò connette la mancanza dell'*animus donandi* necessario a costituire la donazione) in senso ampio ²; ma con questa differenza, che nell'un caso (mercede) l'attribuzione della somma è unita strettamente colla prestazione di lavoro in relazione sinallagmatica, cosicchè non solo ognuna è contenuta in una obbligazione, ma l'una reagisce prontamente e facilmente sull'altra. Invece nell'altro caso i due termini del rapporto di remunerazione sono autonomi; l'uno, la prestazione di lavoro, fa parte di un contratto di lavoro a cui l'altro (la prestazione del compenso) è affatto estraneo, derivando da un atto giuridico a sè. Coll'effetto che non si danno fenomeni di reciproca reazione, poichè la mancia, ad es., rimane salda, anche se la considerazione che l'ha dettata si fosse per avventura dimostrata erronea, non essendo questa considerazione che un semplice motivo: salvo (caso, per le mancie, improbabile e non pratico) che possa funzionare la reazione mediante presupposizione.

A dimostrazione di quanto abbiamo qui asserito sta anzitutto che il periodico rinnovarsi di queste attribuzioni patrimoniali non può non avere destato una certa aspettativa nel lavoratore a cui sono corrisposte. Si badi però: non già un'aspettativa che debba essere tutelata nel senso di assicurare un diritto, una pretesa a quell'attribuzione. Questo no, postochè la natura stessa di questi compensi (finchè, cioè, si tratta di mancie, di gratificazioni, di premi, ecc.) sfugge a una sussunzione coatta nella posizione giuridica creata dal contratto di lavoro. Ma un'aspettativa quanto all'attuazione, in linea di puro fatto; il lavoratore sa, per esperienza, che potrà fare assegnamento anche su queste forme di compenso, a cui egli sa di non aver diritto alcuno. Appunto per ciò non ne può avere la piena sicurezza: è però sempre

¹) *Trattato delle donazioni*, p. 117. Io qui prescindo dall'esame più analitico di questa nota teoria dell'Ascoli, che riesce a conciliare l'art. 1051 colla necessità di un *animus donandi* sostenendo che la donazione remuneratoria concerne la remunerazione di servizi non estimabili perchè non aventi contenuto patrimoniale, ciò che il disponente non può ignorare (op. cit., p. 121). Per il mio scopo mi basta sia affermata la gratuità dell'attribuzione. E in ciò tutti consentono.

²) In questo senso si può ammettere che la gratificazione o la mancia costituisce un « supplemento di stipendio », come ha deciso la Corte d'appello di Parigi, 14 maggio 1912, in *Bulletin de l'office du travail*, sett. 1912, o che debba considerarsi come « una forma di retribuzione ordinaria », come fu deciso dal probiv. di Brescia, 14 luglio 1907, *Contr. lav.*, 1908, 27: basta che resti inteso che, se è un provento del lavoro come lo stipendio, non fa però parte di quest'ultimo, come invece fu erroneamente ritenuto per le mancie di Natale e di Ferragosto dal giudice concil. di Milano, 2 marzo 1905, nella *Raccolta* dell'Eusebio, pag. 361.

una fondata speranza che influirà sul lavoratore nel determinare il proprio tenore di vita ¹⁾).

Inoltre la legge usa espressioni che giustificano questa latitudine di concetto. L'art. 12 del testo unico di legge sugli infortuni discorre di « remunerazione effettiva »; aggiunge che per determinare il salario giornaliero si deve tener conto della somma dei guadagni percepiti dall'operaio. E, meglio ancora, l'art. 13 regolamento intende per salario « tutto ciò che l'operaio riceve per retribuzione del lavoro ». Dunque occorre: *a*) un riferimento della somma al lavoro prestato, in funzione di remunerazione ²⁾; *b*) una periodica ripetizione (trattandosi qui di operai, cioè di contratti di lavoro industriale subordinato, con mercede a tempo o a cottimo). Nella legge non è detto che la costante ripetizione periodica sia un obbligo per l'industriale, o una mera sua liberalità. Vi si allude, è vero, al « salario » che è, tecnicamente, la mercede dovuta dal creditore del lavoro. Ma in realtà il concetto della legge risulta anche più lato.

Su questo argomento la dottrina ³⁾ rivela l'incertezza che la non corretta formulazione dell'art. 13 cit. giustifica. Essa oscilla tra i due poli opposti verso cui si sente attratta, da una parte verso il concetto del « salario » come prestazione derivante dal contratto di lavoro, dall'altro verso l'opportunità di tener conto anche delle mancie, delle gratificazioni, ecc., nel formare la base per il calcolo dell'indennità. Un riflesso tipico di queste oscillazioni vediamo nel noto commento della legge sugli infortuni dell'Agnelli ⁴⁾, pel quale « la periodicità e l'abitudine di tali pagamenti darebbero il carattere di una remunerazione » e fin qui sta bene; ma poi si aggiunge « sulla quale l'operaio è in diritto di contare ». Diritto alle mancie, alle gratificazioni? Mi pare molto ardita questa affermazione; salvochè l'Agnelli non alluda a

¹⁾ Anzi, l'operaio nel momento del contratto può avervi fatto tale assegnamento da essersi indotto alla stipulazione del contratto perchè le mancie e le gratificazioni costituivano una sufficiente integrazione della mercede.

²⁾ Le sentenze che si soffermano a definire il salario-base (es. il Trib. Roma cit. nella nota seguente) esigono un guadagno corrispettivo al lavoro prestato. Corrispettivo veramente si suole usare per alludere all'equivalenza di due controprestazioni contrattualmente obbligatorie. Più esattamente è a dirsi: « remunerazione », concetto più lato in cui non è implicito quel controllo soggettivo bilaterale che informa la corrispettività, e presuppone l'obbligatorietà delle due prestazioni. La remunerazione può anche presupporre l'apprezzamento soggettivo solo di chi paga: può quindi riferirsi a un dono remuneratorio.

³⁾ Favorevole mi pare la giurisprudenza, la quale però non ebbe occasione, che io sappia, di approfondire direttamente questo punto. La tendenza è di far rientrare nel salario ogni possibile guadagno ricavato col lavoro. Ad es. il Tribunale di Roma, 23 dic. 1910, in *Contr. lar.*, 1912, 49: e meglio ancora lo stesso Tribunale, 8 marzo 1912, eod. p. 273.

⁴⁾ *Commento*, p. 292.

quella mera aspettativa di rinnovazione, tutelata solo col comprendere anche quei compensi nella remunerazione che è base per il calcolo dell'indennità: ma allora quell'espressione sarebbe certo infelice. Del resto l'Agnelli conclude col non concludere, combattuto tra Scilla e Cariddi ¹⁾.

Decisamente contrari al nostro assunto sono coloro che ²⁾ computano nel salario, a senso dell'art. 13, solo le mancie e le gratificazioni non solo consuetudinarie e certe, ma che costituiscano un diritto dell'operaio: dunque mancie e gratificazioni che fanno contrattualmente parte della mercede! Eppure questa è, se non erro, l'opinione accolta preferibilmente nella dottrina ³⁾. C'è chi ⁴⁾ la sintetizza scrivendo che delle mancie le parti debbono aver tenuto conto nel momento della stipulazione del contratto di lavoro: il che, veramente, pare a primo aspetto cosa non diversa dalla obbligatorietà. Perchè se le parti ne tennero conto vuol dire (almeno così si affaccia la cosa a tutta prima) che le mancie e le gratificazioni rientrano nella situazione contrattuale, cioè nel campo dei diritti e dei doveri: farebbero parte dunque della mercede dovuta dall'una, pretesa dall'altra parte; il discorso che ne fanno le parti suscita nel debitore del lavoro una aspettativa che deve essere tutelata come garanzia dell'attribuzione. Ora ciò non sarebbe esatto. Le parti possono avervi accennato per caso come a possibili compensi, non garantiti, ma che possono intervenire a integrare quella che è la vera mercede contrattuale. Le parti vi alludono dunque come a retribuzione in quel senso ampio che qui abbiamo accennato. Questa è anzi la regola perchè si possa discorrere di mancie e di gratificazioni, che assolutamente sfuggono a qualunque idea di coazione ⁵⁾ e che, se dovute, non sono più tali, ma parte della mercede ⁵⁾.

¹⁾ Le difficoltà che l'AGNELLI oppone e che lo rendono perplesso non mi sembrano ostacoli esaurienti; la difficoltà eccezionale del computo, l'incertezza dell'ammontare. Ed è poi a vedere se proprio « il legislatore evidentemente non li ha avuti in mira ». A me pare invece che la formula dell'art. 13 del regolamento sia più favorevole ad ammetterli che a escluderli.

²⁾ Così SASSI e VALORI, in *Infortuni sul lavoro*, p. 289.

³⁾ Cfr. App. Bologna 13 dic. 1901, in *Racc. del BUGNI*, n. 800. Cfr. pure SACHET, op. appr. cit., § 826: il padrone deve aver potuto prevedere le mancie, e fissarne approssimativamente l'ammontare nel momento della formazione del contratto.

⁴⁾ NILO-VERONA POSITANO, nel *Contr. lav.*, 1912, p. 76.

⁵⁾ L'AGNELLI, op. e l. cit., discorre di mancie « che in taluni casi costituiscono un vero obbligo per certi clienti..... ». Sarà vero: ma allora, ripeto, non sono più mancie. Salvo che si veda un dovere giuridico in quello che non è se non un dovere sociale, dettato da ragioni di opportunità ed equità, ma uno di quei doveri che lasciano intatto il concetto di donazione per l'art. 1051.

⁶⁾ La sentenza ult. cit. del Tribunale di Roma ha ritenuto che le mancie di cui nella fattispecie « concretandosi in un guadagno settimanale non trascurabile » dovevano esser state considerate « accessoriamente dalla Società nella determina-

Quale la conseguenza? Che, dunque, il fatto che nella stipulazione del contratto se ne discorra non ha in sè nessuna rilevanza ¹⁾: siamo sempre lì, a dover distinguere in ultima analisi tra compenso obbligatorio o volontario; giuridicamente solo il primo è mercede, salario corrispettivo, cioè contrattuale. Ma il secondo, come retribuzione (sia pure volontaria), quando sia ripetuta abitualmente può rientrare nella base del computo dell'indennità. In sostanza, ripeto, abbiamo una remunerazione o compenso del lavoro risultante da una parte contrattualmente determinata e obbligatoria: la mercede, il corrispettivo, il salario ecc.; e inoltre da una parte aleatoria, data dalle mancie e gratificazioni, rimesse all'arbitrio del creditore del lavoro, non dipendente dal contratto di lavoro, ma autonoma (siano o no doni remuneratori) ²⁾, e che rappresenta un di più oltre quella parte di remunerazione (la mercede) che è ritenuta il minimo dell'equivalenza del compenso al lavoro.

37. La gratificazione è dunque un di più non in relazione di scambio, quindi un'attribuzione a titolo gratuito, per cui non ha, di regola, influenza alcuna la ripetizione costante per molti anni, per modo da imprimervi carattere di obbligatorietà. Il contrario aveva creduto un tempo di poter sostenere il Cogliolo, che anche l'Ascoli ricorda e confuta brevemente ³⁾. Il Cogliolo aveva sostenuto che un contributo

zione del salario fisso di cui quel guadagno veniva ad esser quindi posto a complemento ». Certo è una questione di fatto, e ciò può anche essere vero. Ma allora vuol dire che in realtà quelle mancie erano obbligatorie, cioè non erano più mancie, ma un supplemento della mercede che può essere determinata in parte a tempo, in parte a cottimo.

¹⁾ La gratificazione può consistere anche in una partecipazione agli utili; se invece questa costituisce un diritto, non è dunque più gratificazione, ma parte della mercede. Non è infrequente in pratica l'uso della parola « mancia » per alludere a compensi obbligatori, quindi vera mercede, ma di piccola entità, proporzionali a un dato servizio (col carattere quindi di cottimo), aventi insomma l'apparenza di quelle che sono le vere mancie facoltative. Così è il caso di cui si sono occupati i probiviri (13 maggio 1899, n. 31, nel *Manuale* dell'avv. CONTINI, pag. 4-5): all'operaio casaro spetta una mancia (cent. 15) per ogni forma di formaggio fatta e curata da lui per lo spazio di due anni, e pronta per la vendita, essendo questa mancia dovuta in soprappiù del salario quale compenso delle cure prodigate.

²⁾ Invece il SACHET, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents*, I (1904), n. 826, ritiene computabili le mancie nel salario solo se rientrano in certo modo nel quadro del contratto di lavoro, in quanto il padrone ne abbia tenuto conto nel determinare l'ammontare della mercede. Ora, non escludo che, se abituali, questo assegnamento sussista in realtà per parte di ambo i contraenti: ma non è necessario. Quindi se l'uso delle mancie (sempre volontarie) o gratificazioni fu introdotto posteriormente alla stipulazione del contratto, è certo che ciò malgrado questa remunerazione supplementare e volontaria potrà rientrare nel calcolo del salario-base.

³⁾ Vedi COGLIOLO nel suo *Annuario critico*, 1893, II, p. 62; ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, p. 119 in nota.

gratuito per la massa vestiario continuato e ripetuto per molti anni creava senz'altro, in processo di tempo, l'obbligo di prestarlo. Secondo il chiarissimo giurista dunque questa era non già una donazione, ma un compenso. L'Ascoli combatte in parte la tesi: non vi è obbligatorietà di questa prestazione. Tuttavia consente formalmente con il Cogliolo: non si ha tuttavia donazione, ma compenso; però ciò non perchè vi sia onerosità, come pensa il Cogliolo, ma perchè il riferimento del contributo al lavoro prestato (compenso volontario) esclude l'*animus donandi*.

Io potrei anche consentire col Cogliolo e coll'Ascoli quanto alla esclusione della donazione. Certamente sottoscrivo a quanto l'Ascoli osserva contro la tesi essenziale del chiaro giurista dell'Ateneo genovese. È da notare, a questo proposito, che il Cogliolo è recentemente ritornato sull'argomento in apparenza riaffermando la sua tesi, che cerca di corroborare con un ragionamento giuridico ¹⁾: in realtà lummeggiandola sotto una luce diversa, tantochè la differenza che ci divide è forse meno grande di quel che sembri. La tesi è che « un fatto di contenuto patrimoniale, costantemente praticato fra il conduttore e il datore di opera, diventa un fatto che implica la volontà di creare un vincolo continuativo ». Dunque trasformazione del regalo in un diritto (ora si trattava dell'imposta di ricchezza mobile sullo stipendio degli impiegati pagata dalla Società senza farsi rimborsare dagli impiegati, come la Società ne avrebbe diritto: art. 15, legge relat.) ²⁾.

Premetto intanto che il Cogliolo ha, acutamente, imperniata la sua dimostrazione sull'unica base possibile, cioè sull'art. 1124, evitando lo scoglio dell'usucapione dei crediti o, peggio, della prescrizione immemoriale. L'una e l'altra sono per il nostro sistema di diritto civile assolutamente inammissibili, benchè non sia mancata qualche voce, rimasta isolata nella dottrina, che ne ha assunto le difese. Tuttavia non vorrei giurare che almeno l'eco di quelle voci non risuonasse all'orecchio del collega mentre asseriva la sua tesi.

Io sono d'accordo col Cogliolo sul valore coattivo che può avere la consuetudine limitata alle relazioni tra un industriale ad es. e i suoi dipendenti; cioè « l'osservanza abituale di un dato rapporto tra due parti contraenti » ³⁾. Questo è verissimo. Ma si badi: la consuetudine non può che estendere ad altri casi quelle clausole che in casi pre-

¹⁾ Nel suo *Il dir. commerciale*, 1910, II, p. 503.

²⁾ Allo stesso ordine di idee ha aderito il Tribun. industr. di Praga, 8 agosto 1907, *Contr. lav.*, 1908, 233, pel quale una gratificazione non pattuita nel contratto, ma regolarmente corrisposta ad ogni capo d'anno, non costituisce una donazione incerta ed occasionale, ma rappresenta un vero e proprio aumento di stipendio, concesso bensì da una delle parti e non più revocabile.

³⁾ Cfr. infatti le mie *Istituzioni di diritto civile* (1914, Vallardi), p. 17.

cedenti erano parte dei contratti da cui derivava il medesimo tipo di rapporto. Una clausola per consuetudine obbligatoria contrattualmente si estende ad altri successivi contratti del medesimo genere: ma si estende così com'è, cioè obbligatoria o facoltativa, secondo i casi. Inoltre l'esecuzione chiarirà la volontà dubbia, cioè, come scrive il Cogliolo, « il modo di essere di un contratto per un certo tempo passato determina il modo di essere futuro ». Ma si deve trattare di volontà dubbia, e che l'esecuzione chiarisce: questione di interpretazione. Perciò quando la gratificazione era veramente tale, l'uso, la *longa observantia* non vale a mutarne la natura. Nè vale invocare la buona fede e l'equità (richiamate da quel medesimo articolo 1124) che impone l'efficacia dell'uso ¹⁾. È vero che questa efficacia si appoggia alla buona fede: l'uso va imposto perchè sorge legittima l'aspettativa in una delle parti, dati i precedenti, che esso debba anche ora essere seguito. Ma è difficile pensare che una gratificazione notoriamente rimasta tale, e considerata tale dall'industriale, possa ragionevolmente creare delle aspettative di obbligatorietà negli impiegati addetti a quell'azienda industriale ²⁾.

Ma in fondo anche il Cogliolo è di quest'avviso, dal momento che esclude quella trasformazione se vi furono « evidenti dichiarazioni di elargizione spontanea » ³⁾. E allora a che pro tutto questo apparato di dimostrazione? Dunque trasformazione non vi ha: se, date le circostanze, era proprio incerto il carattere di gratificazione volontaria non è escluso che l'esecuzione continuata possa essere un indice che riveli il suo carattere obbligatorio. Ecco tutto.

Si noti però che il dubbio sul carattere volontario o coattivo della gratificazione deve essere proprio serio: il più delle volte io credo che il dubbio sia escluso dalla stessa natura dell'attribuzione patrimoniale secondo che è usualmente considerata nella pratica industriale; è certo che gli usi locali lumeggiano anche ciò che deve essere rite-

¹⁾ A quanto pare anche il SACHET, cit. n. 833, invoca l'aspettativa del lavoratore.

²⁾ Va notato che di solito questo argomento si dibatte non già per costringere l'industriale a fare l'attribuzione patrimoniale consueta (salvo forse il caso che l'impiegato si limiti a difendersi contro la domanda di rimborso dell'imposta di ricchezza mobile), ma per autorizzare l'operaio o l'impiegato licenziato a pretendere la loro parte di gratificazioni. Ma a ciò, come si vedrà nel testo, si arriva anche senza intavolare una discussione così spinosa come questa della *longa observantia*. Invece l'abitudine mi pare invocata come fonte del diritto al premio dalla Cass. franc. 2 maggio 1907, *Revue prat. de droit industriel*, 1907, 263.

³⁾ Op. cit. p. 504. Il Tribunale di Tempio, 2 agosto 1905, eod. pag. 502, ha acceduto alla tesi del COGLIOLO che, se si trattasse di mera interpretazione di una pratica dubbia può anche ammettersi. Col testo, cioè contro la trasformazione alla quale a quanto pare non crede forse neppure lo stesso COGLIOLO, Trib. Lione, 4 genn. 1899, cit., in FOLLIN, *Le contrat de travail et la participation aux bénéfices*, pag. 151.

nuto dello stesso fatto per una determinata azienda. Occorrono proprio circostanze speciali che facciano nascere il dubbio in proposito; e allora bisognerà dimostrare una *longa observantia*, ma non una *longa observantia* senz'altro, ma la ripetizione costante del rapporto in quella forma, e con quel corredo di circostanze che valgano a indurre la convinzione dell'*originaria* (si noti) obbligatorietà dell'attribuzione. Tirate le somme, io credo che data la natura ordinaria di queste attribuzioni non sia molto facile che questa convinzione possa formarsi.

L'obbligatorietà dell'attribuzione, cioè l'esclusione del suo carattere di spontanea gratificazione, deve dunque appoggiarsi a indici abbastanza chiari ¹⁾. Certo non basta che se ne discorra nel regolamento interno di fabbrica ²⁾, che può alludervi come a gratificazioni eventuali, lasciando impregiudicato l'arbitrio del capo dell'azienda.

Cosa molto diversa dalla obbligatorietà nel senso che abbiám visto ora, e che non abbiamo ammesso che possa conseguire dalla *longa observantia* di una gratificazione spontanea, è l'obbligo di distribuire la gratificazione o la mancia a tutti i dipendenti, una volta decisa e destinata alla generalità di essi. Questa è obbligatorietà (come bene rileva incidentalmente l'Ascoli ³⁾) che presuppone non già una coazione iniziale alla attribuzione della liberalità (che allora non sarebbe più liberalità), ma alla sua distribuzione, una volta che l'industriale si è spontaneamente deciso all'attribuzione. È questo l'angolo visuale sotto cui questo argomento fa capolino nella giurisprudenza dei probiviri e dei tribunali: può l'operaio e l'impiegato licenziato pretendere queste mancie o gratificazioni? La soluzione, come si capisce, dipende da elementi che ancora non possediamo interamente, a questo punto della trattazione. Domina qui la soluzione affermativa.

38. Ad ogni modo, se a' termini della legge degli infortuni sul la-

¹⁾ In pratica è spesso ritenuto un indice di questo genere la tenuità della mercede, e l'importanza del complesso delle cosiddette gratificazioni in confronto all'ammontare della mercede. È facile che il lavoratore abbia originariamente fatto assegno su queste gratificazioni, come obbligatorie: se, date le circostanze, questa aspettativa potè sembrare ragionevolmente sorta, quindi tutelabile, come necessaria integrazione della deficiente mercede, si potrà anche ritenere l'obbligatorietà, quando questa si appoggi alla *longa observantia*. Così ha giudicato, a un dipresso, il Trib. comm. di Berlino, 29 maggio 1913, *Sociale Praxis*, 1914, 420, che ha considerato coll'attore contro i buoni costumi, che il 27 % della remunerazione (dato dalle gratificazioni) si debba considerare arbitrario. La motivazione però è insufficiente.

²⁾ La citata sentenza dei probiviri di Brescia (14 luglio 1907, *Contr. di lav.*, 1908, 27) ne fa un indice per il già ricordato carattere della mancia come « forma di retribuzione ordinaria ». Non ho potuto leggere il contenuto della sentenza, quindi non so se si sia con ciò alluso al carattere di mercede vera (contro l'interpretazione sopra presupposta): nel qual caso, ripeto, il ricorso a quell'indice avrebbe uno scarso valore dimostrativo.

³⁾ Op. e l. cit.

voro non è probabilmente a ritenere che l'essere o no un compenso obbligatorio sia una differenza importante, quando il compenso volontario sia ripetuto usualmente, rimane pur sempre la fondamentale importanza dell'essere o no un compenso in relazione sinallagmatica colla prestazione di lavoro). Se è estraneo al contratto il compenso volontario non può influirvi se non come motivo che ha determinato il consenso di uno delle parti: cioè o non ha influenza alcuna, o ne ha negli stretti limiti di una presupposizione. Il problema è praticamente importante, perchè vi sono lavoratori che stipulano il contratto di lavoro in vista delle consuetudinarie mancie e gratificazioni. Ora, se queste poi mancano che influenza avrà ciò sul contratto di lavoro? A tutta prima che il lavoratore abbia nell'animo suo considerato come corrispettivo al proprio lavoro la mercede più il compenso volontario non par una ragione per ritenere che, mancando questo compenso, venga meno il contratto, postochè la arbitrarietà del compenso lo rende aleatorio, e questa aleatorietà doveva essere conosciuta dal lavoratore: questa è la ragionevole aspettativa che in proposito nasce nell'industriale, nel capo dell'azienda finchè, almeno, si tratta di mancie o di gratificazioni. Tuttavia rimane a vedere se come presupposizione conosciuta dal creditore del lavoro possa influire sul contratto quando venga meno. Che ciò possa essere in armonia coll'apprezzamento equitativo e colla buona fede (art. 1124) ¹⁾ io non vorrei escludere *a priori* in modo assoluto, benché su questo punto per autorizzare una risoluzione *ante tempus* del contratto bisognerà essere molto cauti: del resto l'apprezzamento equitativo può talora influire senza ricorrere addirittura alla risoluzione del contratto: ad es. ammettendo un condono di multe, o una compensazione di indennizzi ²⁾. Nel dubbio, anzi, è da escludere certamente che a una siffatta presupposizione possa riconoscersi qualsiasi rilevanza giuridica.

¹⁾ Cfr. BARASSI, in *Rivista di dir. comm.*, 1913, I, p. 36. Naturalmente occorre proprio che sia dimostrato a) che il lavoratore non avrebbe inizialmente stipulato il contratto, cioè non avrebbe accettata la mercede, senza l'integrazione dei compensi volontari ormai consuetudinari: cfr. HUBERT VALLEROUX, *Contrat de travail*, p. 192; b) che il creditore del lavoro sapeva ciò, nel momento della stipulazione del contratto; c) che la rilevanza della presupposizione è conforme ad equità e alle esigenze della buona fede.

²⁾ È notevole una sentenza dei probiviri (sez. alimentari, Milano, 11 agosto 1904, cit. nel *Massimario* del REDENTI, p. 99, n. 315), la quale, nel caso di un cameriere obbligato a rifondere il valore delle stoviglie da lui rotte, e che d'altra parte s'era visto diminuire notevolmente le mancie che integravano il suo salario mensile, decise che « la Giuria può compensare tale scarsità col condono delle roture, pur essendo le mancie un provento del tutto incerto, e dipendente specialmente dalla abilità del personale, senza che possa nascere responsabilità del padrone per la scemata generosità dei clienti ».

Più complesso è invece il problema quando non solo il debitore del lavoro, ma anche il creditore del lavoro abbia fatto inizialmente, cioè nel momento della stipulazione del contratto, assegnamento sul beneficio eventuale delle mancie per il lavoratore. Naturalmente qui ci interessa solo il caso di mancie e gratificazioni pagate al lavoratore da terzi, cioè da coloro a cui è destinato il lavoro. È un caso di cui discorreremo più avanti, in connessione col problema della onerosità.

39. Che la pensione accordata ad un lavoratore che abbia raggiunto una determinata età da chi ebbe i suoi servigi continuati sia una forma di mercede è stato detto più volte. Io non posso qui esaurire l'argomento riflettente la natura giuridica della pensione, di cui discorrerò a suo luogo. Qui debbo perciò limitarmi ad escludere senz'altro questa opinione, che non ha nessuna ragione d'essere, così come non l'ha quella per cui le gratificazioni e le mancie siano pure forme di mercede. S'è però visto che le gratificazioni sono realmente la remunerazione di un lavoro prestato, vi è quindi una connessione (che non è onerosità) fra quell'attribuzione patrimoniale e la prestazione del lavoro. E anche nella pensione pura noi troviamo il carattere fondamentale di remunerazione di un lavoro prestato, vi è quindi quel nesso di subordinazione. La visione empirica e superficiale potè far credere il contrario, e che, senza peraltro che sia rotto ogni legame che assicura la pensione alla continuata attività di lavoro, vi sia un nesso di natura differente.

A differenza delle gratificazioni, tuttavia, la pensione non remunera un lavoro prestato attualmente, non ha diretto riferimento ad esso; indubbiamente la pensione è un compenso che non ha per presupposto necessario la reciprocità attuale (contemporanea al pagamento della pensione) dei servigi, ma che si riferisce ai servigi prestati nel passato. E tanto basta perchè la qualità di mercede sia esclusa. Nelle gratificazioni questa qualità è esclusa, come s'è visto, dalla loro volontarietà, che escludeva quel nesso di onerosità che ordinariamente, come vedremo, nel contratto di lavoro è attuato col sinallagma. Qui la coattività c'è perchè diritto a pensione non v'ha se non contrattualmente stipulato, sia pure che il contratto rinvii a leggi e regolamenti che la disciplinino (com'è per gli impiegati pubblici); ma manca l'attualità dello scambio ¹⁾.

Ad ogni modo è remunerazione del lavoro ²⁾; sommata con quella che si chiama tecnicamente mercede, stipendio, salario, e colle gra-

¹⁾ Del resto le leggi speciali distinguono sempre stipendio da pensione: cf. ad es. il testo unico sullo stato degli impiegati civili; la legge sulla pignorabilità e sequestrabilità degli stipendi, ecc.

²⁾ Potrà forse valere come argomento in questo senso la frase riassuntiva con cui l'art. 1 della legge sulla pignorabilità e sequestrabilità degli stipendi e delle

tificazioni o mancie, e cioè colla parte che si retribuisce dietro attuale prestazione di lavoro, si avrebbe la retribuzione complessiva e integrale del lavoro. Tant'è vero che la concessione del diritto a pensione influisce praticamente sull'ammontare della vera mercede, limitandola, così come vi influisce (vedremo) la concessione di una supplementare partecipazione ai profitti. Inoltre praticamente la pensione assume la forma di assicurazione, cosicchè non è se non assicurazione contro l'inabilità al lavoro derivante dalla vecchiaia, a cui partecipa il lavoratore con contributi annui, per lo più prelevati dal creditore del lavoro sulla mercede. Da un punto di vista economico e sociale la pensione quindi è anche una forma coattiva di risparmio, per il tempo in cui l'inabilità al lavoro porterebbe alla privazione di ogni stipendio. Non dico con ciò che sia unicamente una forma di risparmio, perchè le pensioni non sono limitate alla restituzione dei contributi ottenuti dalla mercede del lavoratore. Ed è in questa possibilità di un onere ulteriore per l'azienda che sta il carattere proprio della pensione di essere supplemento di remunerazione oltre la mercede.

Naturalmente fin qui ho supposto il caso più semplice che è dato dal pagamento delle pensioni per parte dell'azienda a cui il lavoratore pensionato ha dato per tanti anni le proprie energie. Ma la pensione può essere pagata anche da terzi: ad es. per gli operai dalla Cassa nazionale di previdenza disciplinata dalla legge 30 maggio 1907, n. 376. E allora il carattere di remunerazione del lavoro viene meno; tutt'al più i contributi pagati dall'azienda annualmente nell'interesse dell'operaio e per suo conto (cfr. art. 13 cit. legge) costituiscono una remunerazione che, se contrattualmente assunti, è vera porzione di mercede; se volontaria è forma di gratificazione. Non vi ha remunerazione, in quell'ipotesi, perchè non vi è un onere a carico del contraente a cui il lavoro era destinato.

Ad ogni modo questi contributi versati dall'azienda non fanno parte del salario di cui si debba tener conto per il calcolo dell'indennità in caso di infortunio, postochè per l'art. 13 regolamento della legge sugli infortuni, che già conosciamo, è considerato salario dell'operaio « tutto ciò che questo riceve... ». Se dobbiamo interpretare letteralmente queste parole, quella conclusione è sicura.

Questa è anche una ragione per escludere da questo computo anche i premi pagati dagli industriali per assicurare i loro operai contro gli infortuni sul lavoro, quando si vogliano concepire (così come i premi per le pensioni) come parte della mercede. Quest'ultimo concetto è

pensioni chiude la rassegna ivi contenuta: « e i compensi di qualsiasi specie che lo Stato, ecc. corrispondono ai loro... pensionati... per effetto e in conseguenza dell'opera prestata..... ».

stato recentemente sostenuto dal Carnelutti ¹⁾, e per conto mio non ho nulla da obiettare. Il Carnelutti però non si limita ai premi, ma vede nella responsabilità in genere dell'industriale per gli infortuni sul lavoro, quale è a lui accollata dalla legge, « una forma ulteriore di obbligo pel corrispettivo per il lavoro dell'operaio; obbligazione a un supplemento di mercede ». Supplemento di mercede sarebbero dunque l'indennità a cui l'industriale fosse tenuto (sia per il diritto comune, come per la stessa legge sugli infortuni) e i premi pagati alla società assicuratrice. Quanto alle indennità però debbo rinviare a quanto poi osserveremo circa il confine di separazione tra la vera mercede, e la vera indennità. Quanto ai premi il concetto è esatissimo.

40. La mercede ci si offre all'analisi in un aspetto vario secondo il punto di vista da cui ci collochiamo: del suo debitore o del suo creditore. Pel primo è una spesa, un'anticipazione di ricchezza, come dicono gli economisti, concessa al lavoratore per averne il lavoro, un sacrificio che chi lo fa cerca di diminuire per quanto può. Per il lavoratore invece è un mezzo di sostentamento. Questo è però il punto di vista prevalentemente soggettivo. Accanto a siffatto modo di concedere la mercede, ve n'è però un altro che strutturalmente è uguale per ambo le parti salvo l'inversione dei termini: la mercede come corrispettivo della prestazione di lavoro. Pel creditore del lavoro, infatti quello che abbiamo convenuto di chiamare coll'uso comune la mercede è una spesa, un onere, un'anticipazione di ricchezza che è subordinata alla produzione di lavoro che pel creditore del lavoro ha, nel momento in cui stipula il contratto di lavoro, maggior valore della quantità di ricchezza da lui già accumulata e che può destinare a pagare i salari. Invece per il lavoratore la mercede forma il compenso immediato del suo lavoro, l'utilità relativa « corrispondente alla penosità degli sforzi richiesti » ²⁾. Ognuno dei contraenti concepisce dunque la mercede in funzione di equivalenza col lavoro (questo è il punto di vista contrattualmente fondamentale, è il primario); e poi anche da un punto di vista soggettivo proprio (ma non intieramente estraneo al contratto di lavoro, come vedremo). In fondo lo stesso fenomeno è vero per il lavoro: per chi lo attua esso cade in considerazione da un punto di vista contrattuale (come onere necessario per avere la mercede), e da un punto di vista soggettivo, come tendenza a dare meno lavoro che può. Nello stesso modo dal punto di vista del creditore del lavoro questo è in rapporto di scambio colla

¹⁾ *Infortuni sul lavoro* (Studi, 1913), p. IX. Limitatamente ai premi quest'opinione era già stata proposta dal CONRAD, *Grundriss zum Stud. d. Oekonomie*, I, p. 317, a cui la via era stata spianata dal suo concetto della mercede come indennizzo.

²⁾ RICCA, Salerno, *La teoria del salario* p. 35.

mercede e inoltre serve agli scopi che il creditore del lavoro si propone di raggiungere. Sia il lavoro come la mercede vengono presi in considerazione tanto in un senso quanto nell'altro. Indubbiamente ognuna delle due parti nel momento della stipulazione del contratto considera il lavoro o la mercede dal proprio punto di vista soggettivo: al creditore del lavoro interessa in modo fondamentale la prestazione di lavoro, che considera dal punto di vista dello scopo proprio cui deve servire; al lavoratore interessa soprattutto la mercede, che considera dal punto di vista dei bisogni propri e della propria famiglia a cui deve provvedere col guadagno del proprio lavoro. Questi sono i motivi soggettivi che pesano in modo rilevante sulla resistenza che ognuna delle parti oppone nella competizione rappresentata tipicamente dallo scambio.

Dal punto di vista contrattuale certo la mercede cade in considerazione specialmente nella sua qualità di prestazione equivalente al lavoro ¹⁾: il contratto di lavoro non è che la forma giuridica del consenso che pone le basi di quello che abbiám convenuto per ora di chiamare lo scambio di lavoro con mercede. È nella competizione di interessi che precede questo accordo che ognuna delle parti cerca di ottenere quanto più può; cioè il lavoratore la maggior mercede possibile col minor lavoro e viceversa il creditore del lavoro. Ma, ripetiamo, su questa lotta influisce anche la determinazione del lavoro o della mercede dal punto di vista soggettivo.

Queste due considerazioni si compenetrano variamente ²⁾ nell'apprezzamento soggettivo che il lavoratore fa della convenienza o no di stipulare il contratto di lavoro. Tal quale come per l'altra parte.

41. A tutta prima tra i due contraenti sembra esservi una almeno apparente differenza quanto allo scopo al quale è destinata la prestazione cui ognuno ha diritto. Lo scopo cui è destinato il lavoro penetra, almeno in parte e in misura maggiore o minore, come si è visto, nell'ossatura del contratto di lavoro, adattando a sè l'obbligo della pre-

¹⁾ Dal punto di vista bilaterale la mercede rappresenta il compenso del costo di produzione del reddito percepito dal creditore del lavoro. Vedi LORIA, *Sintesi econom.*, p. 46.

²⁾ Il dire, come fa il RICCA-SALERNO, op. cit. p. 94, che, cessata la pratica del lavoro indipendente, nel contratto di lavoro individuale (questo è in sostanza il limite concettuale dell'A.) « la norma generale del salario è nella penosità degli sforzi richiesti per ottenerlo » mi sembra la visione unilaterale del problema. Ridurre alla semplice espressione di un unico movente la quantità di fattori economici e psicologici che premono sull'animo del lavoratore che sta per concludere un contratto di lavoro, in un regime giuridico di contratto individuale, mi sembra troppo semplicista: per lo meno di due ordini sono quei moventi, l'obiettivo dato dalla proporzionalità col lavoro, e il soggettivo, dato dal bisogno personale o familiare a cui la mercede deve soddisfare. Del resto cfr. lo stesso RICCA-SALERNO, p. 201 e seg.

stazione di lavoro incombente al lavoratore. Invece la stessa cosa parrebbe a tutta prima assolutamente da escludere (nel diritto positivo vigente) quanto allo scopo (il sostentamento del lavoratore) cui è destinata normalmente la mercede per la persona a cui è attribuita. Quest'ultimo è un argomento che esamineremo meglio altrove. Intanto qui notiamo subito che il diritto atteggia nella stessa guisa la struttura del contratto di lavoro, sia di fronte a chi dà proprie energie di lavoro, come a chi le riceve. Lo scopo a cui ognuna delle parti destina la prestazione contrattuale ad essa dovuta penetra nell'ossatura contrattuale solo in quella misura che è soprattutto compatibile colla legittima aspettativa che la stipulazione del contratto ha suscitato nell'altra parte da cui la prestazione è dovuta. Qui non possiamo se non indicare sommariamente l'indirizzo generale, ma è certo che, come lo scopo cui il creditore del lavoro destina il lavoro ad esso prestato può influire adattando a sè la prestazione di lavoro quanto al modo onde deve essere compiuta, così lo scopo normale di sostentamento, vario di intensità e di modo secondo il ceto sociale cui il debitore del lavoro appartiene, può influire sulla disciplina dei rapporti tra le parti nel contratto di lavoro o anche di fronte ai terzi. In generale non ho bisogno di ricordare le provvidenze legislative con cui, specie in altri paesi, si è tutelato il lavoratore assicurandogli la mercede, allo scopo di un effettivo appagamento dei suoi bisogni. Così il divieto del salario in natura (del Truck); l'impignorabilità delle mercedi (art. 591, C. proc. civ.); i privilegi degli art. 1956, n. 4, 1958, n. 5, 7, 8, 9, C. civ.; e 773, Codice comm., n. 1 e 3 a favore delle mercedi; l'art. 1645 che dà agli operai edilizi azione contro il committente. Questo concetto della mercede influisce anche quanto al tempo, al luogo, al mezzo di pagamento: a tacer d'altro basterebbe l'art. 1124 a giustificare questa penetrazione dello scopo di sostentamento nell'ossatura del contratto ¹⁾. Naturalmente non può influire fino al punto di modificare l'ammontare della mercede proporzionandola ad. es. al fabbisogno del lavoratore, perchè l'ammontare è contrattualmente stabilito, e l'apprezzamento equitativo non può spingersi sino a modificare un patto contrattuale ²⁾. Ma per lo stesso motivo neppure lo scopo cui il lavoro è destinato

¹⁾ Naturalmente l'esame della mercede come « salario reale », cioè considerato dal punto di vista della sua potenza d'acquisto quanto ai consumi del lavoratore non interessa il giurista; non influisce se non sul periodo della formazione del contratto di lavoro, in specie se si tratta di contratto collettivo. Può interessare il legislatore per eventuali nuove provvidenze legislative a tutela dei lavoratori, ma non necessariamente dirette a disciplinare il contratto di lavoro: es. con sgravi dei tributi di prima necessità.

²⁾ Come giustamente osserva il Consiglio di Stato (IV Sez.), cit. senza la data in *Contr. lav.*, 1914, 38, « i bisogni della vita o il caro dei viveri, se possono..... esser tenuti in conto in sede di formazione del capitolato, non hanno alcun valore in corso di contratto ».

per chi lo riceve può influire sino a modificare la quantità di lavoro che contrattualmente sia stata stabilita.

Del resto la considerazione soggettiva del lavoratore può già influire, anche dal punto di vista del creditore del lavoro, sin da principio, quanto alla determinazione dell'ammontare della mercede. Infatti il buon industriale non può non pensare che un lavoratore che abbia avuto agio di recuperare le sue forze gli dà un rendimento assai maggiore che non nel caso contrario; che quindi l'aumento della mercede è largamente compensato dall'aumento di produzione. Sarà carità pedissequa, perchè è certo che l'industriale, nella lotta della concorrenza, non può facilmente lasciarsi sedurre dal sentimento a scapito del proprio interesse. Ma intanto il suo tornaconto gli fa assumere quello che è il punto di vista soggettivo del lavoratore rispetto alla mercede.

Certo, qui siamo di fronte a un fenomeno che ha una speciale importanza economica e precontrattuale, in quanto l'aspirazione al proprio benessere è la ragione che sorregge il lavoratore nella competizione con chi ha bisogno del suo lavoro, competizione spesso oggi tra gruppi collettivi, anzichè tra individui. Ma anche giuridicamente ha la sua importanza. E valga un esempio: gli ufficiali giudiziari ricevono direttamente dai privati il compenso per i servizi prestati. Ma, come ricorda la Cassazione di Palermo ¹⁾, « lo Stato è obbligato a concorrere con supplementi diretti allorché le paghe corrisposte dai privati non raggiungono quell'ammontare annuo che la legge presume necessario pel sostentamento dell'ufficiale giudiziario in relazione al grado di giurisdizione dell'autorità giudiziaria presso cui è addetto » ²⁾. E non basta: quando gli stessi ufficiali giudiziari sono in due o più addetti al medesimo ufficio debbono per legge (art. 173 legge cit.) cumulare i loro proventi e ripartirseli in modo uguale: e anche qui è sempre del sostentamento che lo Stato si preoccupa. Del resto questo punto di vista ha, o dovrebbe avere uno speciale risalto nei contratti di lavoro in cui creditore del lavoro è lo Stato: questi, per la sua qualità stessa sembra che non possa ne debba lasciarsi guidare da un gretto criterio di puro tornaconto economico, criterio erroneo, del resto, anche per un privato, come sopra si è visto: ma debba essere anche il modello dei creditori di lavoro. Questo però è vero solo nel senso che la maggior importanza delle pubbliche funzioni, in confronto al lavoro privato, impone allo Stato dei maggiori riguardi al benessere personale di chi gli dà tutte le sue energie di lavoro, per la medesima ragione per cui il privato industriale, come s'è visto, deve anche

¹⁾ 5 novembre 1910, *Foro it.*, 1911, 1, 238.

²⁾ Art. 173 legge sugli ufficiali giudiziari, tariffe, 21 dic. 1901. Sono L. 1000 agli ufficiali giudiziari di pretura; L. 1200 a quelli di tribunale. Cfr. pure l'art. 105 della recente legge sul notariato.

in omaggio al proprio tornaconto fare al lavoratore o impiegato le migliori condizioni possibili ¹⁾).

Dunque non è vero che prevalga nella struttura del contratto di lavoro l'influenza dello scopo che si propone il creditore del lavoro, anziché quello (normalmente di sostentamento) che si propone il lavoratore. Anzi: è forte oggi la tendenza legislativa a preoccuparsi delle giuste aspirazioni del lavoratore, che è, almeno nel contratto individuale di lavoro, il contraente più debole. Il divieto legislativo del *Truck*, l'impignorabilità delle mercedi e altre provvidenze legislative, da noi non ancora completamente attuate, sono un indice di questo atteggiamento del contratto di lavoro determinato dalla preoccupazione del possibile sostentamento del lavoratore.

Di vero sembra esservi solo questo: che lo scopo cui il lavoro è destinato può in certi casi insinuarsi più energicamente nell'ossatura del contratto di quello che non lo possa fare lo scopo della mercede per il lavoratore. Ciò accade nel contratto di lavoro tecnicamente autonomo, in cui il debitore del lavoro promette un risultato di lavoro (un *opus*): la cosiddetta locazione d'opera. Qui è certo che, senza che si verifichi una completa assunzione contrattuale dello scopo, questo però si insinua più intensamente: il risultato deve rispondere a un dato scopo, e avere in sé la possibilità di attuarlo. Principio che non si può escludere veramente per la locazione di opere (lavoro subordinato), ma che ritrova nell'altro caso una espressione assai più energica. Tutto ciò non si verifica invece per la mercede. Ma anche questa disparità di trattamento non è in fondo che apparente: si tratta di una illusione. A spiegar ciò non basta già osservare che il lavoro è oggetto della prestazione che dà al contratto la sua particolare fisionomia, e rispetto a cui la mercede non è che il prezzo, il compenso. Ma basta richiamare l'attenzione sul fatto che un lavoro può esser adempiuto in svariatissimi modi: tra i molti si deve naturalmente

¹⁾ Vale anche per lo Stato il criterio per cui in sostanza il benessere di chi lavora per lui ridonda a beneficio della gestione dei pubblici servizi. Come osserva giustamente la Cassazione di Napoli, 9 giugno 1906, *Foro it.*, 1906, I, 859, «... se venissero a mancare all'impiegato pubblico... i mezzi necessari alla sussistenza e al decoro delle pubbliche funzioni si correrebbe rischio che egli fosse posto in condizioni assai difficili di prestare fedelmente e nella misura delle proprie forze i necessari servizi al regolare funzionamento dell'amministrazione a cui appartengono». Anzi: si è ritenuto addirittura che la ragione fondamentale dell'impignorabilità delle mercedi non stia già in un privilegio della persona del pubblico impiegato, ma in una necessità di ordine più elevato: « affinché il moto della macchina amministrativa anche nelle sue più piccole ruote ed ingranaggi, non venga ad arrestarsi, con grave perturbamento della forza dinamica della vita sociale » (cod.). Il che è certamente vero; ma non esclude che intanto il punto di vista soggettivo al lavoratore abbia una gran forza premente.

scegliere quello che meglio risponde allo scopo conosciuto cui il lavoro deve servire, o allo scopo cui normalmente deve servire. Invece per la mercede, salvo le modalità suindicate su cui lo scopo di sostentamento può variamente influire, non resta se non l'ammontare di essa: rispetto al quale impera il patto contrattuale. Del resto mancando il patto contrattuale e l'uso locale, non è escluso che l'autorità giudiziaria, nel fissare l'ammontare della mercede possa e debba tener conto dello scopo suo per il lavoratore.

42. La mercede, dal punto di vista soggettivo del lavoratore, a cui è dovuta, si suole considerare come un suo reddito: in tutti i casi questo è, in fondo, il medesimo concetto del sostentamento, come scopo soggettivo della mercede, pel lavoratore; perchè per lo più tale reddito è destinato, come qualunque altro reddito, al soddisfacimento dei bisogni individuali. Dal punto di vista della rigorosa tecnica economica questa natura di reddito non sussiste però se non quando la mercede sia periodicamente (a periodi anche disuguali di tempo, si intende) percepibile dal lavoratore. È infatti opinione diffusa che per reddito si debba intendere la somma dei beni materiali che periodicamente affluiscono all'*homo oeconomicus* (ad. es. al lavoratore), ma solo nella parte che eccede la quantità di beni necessaria alla reintegrazione del capitale o del patrimonio esistente, e che è destinata al consumo pel soddisfacimento dei bisogni ¹⁾. Dunque: consumabilità senza danno dell'intera massa patrimoniale, e periodicità.

Il primo indice è certamente applicabile alla retribuzione del lavoro, sempre e indistintamente. Anzi è il salario un esempio tipico di bene, nessuna parte del quale è destinata alla reintegrazione del patrimonio del lavoratore: anche se si considera il salario come restituzione o reintegrazione delle energie lavoratrici è certo che non abbiamo in queste energie di lavoro un patrimonio del lavoratore. E in questo senso è pure il Masci, che ²⁾, pure prendendo le mosse da questa funzione della mercede come appagamento dei bisogni di chi l'ha guadagnata, ne fa un vero reddito, opponendosi a una reintegrazione del patrimonio energetico, concetto questo che non può essere accolto ³⁾.

D'altro canto la periodicità sussiste in sommo grado per talune forme di contratto di lavoro in cui il lavoro è continuo e la mercede è pagata ratealmente; così per lo stipendio degli impiegati, per il

¹⁾ Questa definizione è quasi letteralmente quella data dal MASCI, *Il concetto e la definizione del reddito* (Napoli, 1903), p. 61-62.

²⁾ Op. cit., p. 78.

³⁾ Accolto questo concetto di una mercede che deve servire a reintegrare il patrimonio energetico ne deriverebbe la qualità di reddito per la mercede solo per la parte di essa che sopravanza dopo appagati i bisogni e reintegrato quel capitale. E cioè solo per le lante mercedi! Contro cfr. lo stesso art. 15 della legge sull'imposta sulla ricch. mobile, appr. citata.

salario degli operai stabilmente addetti a una azienda. Ma la retribuzione dei giornalieri e degli avventizi? E quella di chi dà il suo lavoro una volta tanto, senza continuità? Ad es. il lavoro dell'artista che si produce per una rappresentazione; dell'appaltatore, del medico, ecc. Per questi casi il Mayer ¹⁾ nega il carattere di reddito alla mercede. E, infine, il Loria nega perentoriamente tale carattere ²⁾ a qualunque forma di retribuzione del lavoro: reddito non è che il prodotto del lavoro associato, mentre il salario presuppone lavoro isolato.

Prescindendo da quest'ultima opinione, è certo che l'idea che reddito non sia la mercede del giornaliero o dell'artista sembra a prima vista abbastanza strana. Ma tutto si spiega. A esigere la certezza della periodicità (avverte il Masci) non avremmo mai frutti civili o naturali: e se l'interesse non è pagato? E se la pianta non dà frutti? Perciò a costituire il reddito basta la tendenza a una periodicità ³⁾; è in questo senso che va intesa la periodicità, che non si confonde mai con la certezza matematica. L'avventizio, l'artista, l'artigiano, il medico rinnoveranno il contratto con altri, ed ecco la continuità del lavoro, che pure è mezzo necessario per la loro sussistenza. Vi saranno, al più, redditi stabili e instabili. Cosicchè la mercede che non si ripete non è reddito: sarà il provento o il ricavo da un lavoro, non un frutto civile ⁴⁾. Quello che importa è che vi sia una fonte permanente della mercede: lavoro continuato.

Questo concetto della mercede come reddito o no è, dunque, un riflesso dell'atteggiamento assunto dal lavoro, e che si riproietta anche sul contratto di lavoro. È, ad ogni modo, un concetto che non tocca il giurista se non dal punto di vista del tributo gravante i redditi. Vedremo, a tal proposito, che in alcuni casi questo argomento penetra nel contratto di lavoro: non gli è immutabilmente estraneo, come può parere a tutta prima. Per accennare a un esempio l'articolo 15 della legge sull'imposta sui redditi di ricchezza mobile (24 agosto 1877) prescrive che le provincie, i comuni, gli enti morali, le società in accomandita per azioni e le società anonime debbano dichiarare anche i redditi degli impiegati, cioè gli stipendi, pensioni e assegni ad essi pagati, e debbano pagare direttamente l'imposta relativa anche a questi ultimi redditi (è la legge che esplicitamente prende in considerazione qui la mercede come reddito: ma si tratta d'impiegati con lavoro continuativo!). Ora è evidente che ciò influisce sui rapporti tra cre-

¹⁾ *Das Wesen des Einkommens* (Berlín, 1887), cit. dal MASCI, op. cit., p. 85.

²⁾ *Sintesi economica*, p. 43. Del resto anche per il LORIA (su ciò la dottrina economica è pacifica) ritiene « carattere essenziale del reddito la sua riproduzione periodica indefinita », p. 34.

³⁾ MASCI, op. cit., p. 86.

⁴⁾ MASCI, op. cit., p. 127.

ditore e debitore del lavoro, in quanto quest'ultimo deve restituire la somma anticipata; il creditore avrà rivalsa verso di lui, come dice lo stesso art. 15, mediante ritenuta.

Sia o non sia un reddito, la mercede si può però sempre considerare come un prodotto del lavoro dell'uomo. Anche questo, veramente, è stato contestato: il Ricca-Salerno ¹⁾, seguendo un suo concetto fondamentale in cui ci imatteremo più avanti, nega che la mercede sia un prodotto del lavoro dell'uomo, poichè il salario non è che ricchezza anticipata, preesistente al lavoro e accumulata per una produzione futura: il lavoro presuppone un salario, adunque; non questo quello, come dovrebbe essere logicamente per il fenomeno della produzione.

Non intendo porre questo asserto in discussione: dal punto di vista rigorosamente economico la cosa è indubbiamente vera. Ma se ci collochiamo da un punto di vista più ristretto, cioè prettamente giuridico, non possiamo negare che la mercede presuppone una precedente prestazione di lavoro; che essa è un acquisto fatto mediante un rapporto giuridico concernente il lavoro e cioè la sua utilizzazione. Se infine si aggiunge la frequente e periodica ripetizione, di questo ricavo, senza detrimento della potenza del lavoro, ecco che abbiamo il concetto di frutto civile, a sensi dell'art. 444 Cod. civile. Si può a tutta prima obbiettare che questa disposizione di legge veramente non accenna se non ai frutti che si hanno dalle cose per occasione: e gli esempi confermano che per cosa non si è inteso alludere al lavoro dell'uomo (il legislatore ha pensato tanto poco a questo fattore principe della produzione della ricchezza nazionale!). D'altra parte al lavoro umano non vi si accenna se non a proposito dei frutti naturali, ottenuti direttamente dalla cosa, e mediante il concorso essenziale dell'opera dell'uomo (frutti industriali). Il medesimo articolo chiarisce un ultimo dubbio che potrebbe restare a proposito delle pigioni, cioè del compenso per l'utilizzazione della cosa: e del compenso per l'utilizzazione del lavoro umano nulla.

Io non credo che questo argomento abbia una importanza pratica così considerevole che valga la pena di elaborarlo molto sottilmente. Una volta ammesso che la mercede può essere reddito quando si ripeta, si può senz'altro ritenere che dunque è anche frutto civile: la mercede è un reddito ²⁾ che chi può disporre delle energie utilizzate da altri (energie del lavoro, come della cosa) ricava dallo scambio di questa utilizzazione con denaro o altro. Il concetto fondamentale è comune ai fitti, come alle mercedi. E non è una difficoltà neppure che il lavoro

¹⁾ Op. cit.

²⁾ In questo senso SUPINO, *Il capitale salari*, p. 17.

non sia una cosa. Quando esamineremo la struttura locativa del contratto di lavoro, vedremo la identità concettuale nello sfondo dei due istituti (locazione di cosa, e di lavoro).

Un'applicazione pratica di questa soluzione sarebbe il riferimento alle mercedi delle regole proprie dei frutti civili, tra cui la più importante è che essi scadono di giorno in giorno (cfr. art. 481 C. civ.). La giurisprudenza ammette concordemente questa regola anche per le mercedi, a proposito della pignorabilità di esse. Se la logica non è un'opinione, bisogna allora vedervi una conferma di quanto abbiamo asserito.

43. La funzione di equivalenza fu variamente contestata alla mercede ¹⁾. Un'opinione abbastanza diffusa è quella, secondo la quale la mercede non sarebbe già un equivalente o corrispettivo della prestazione di lavoro, ma la restituzione delle energie consumate dal lavoratore; il compenso che deve servire a reintegrare le sue forze e a renderlo idoneo per ulteriore dispendio di lavoro ²⁾. Dove si vede tutta l'importanza che, oggi, acquista l'aspetto della mercede dal punto di vista del lavoratore. Si nega il fatto inoppugnabile di un'intima concessione onerosa tra lavoro e mercede per dare ogni rilevanza all'altro aspetto, innegabile ma non esclusivo, che è particolare al creditore della mercede. In contrario va invece rilevato come anzi l'aspetto più tipico, dal punto di vista della situazione complessa creata dal contratto sotto il quale la mercede cade in considerazione, è proprio quello dell'equivalenza con prestazione di lavoro ³⁾. Io non dirò, col Lotmar ⁴⁾, che questa sia l'unica vera posizione contrattuale della mercede, perchè la considerazione del lavoratore (mercede come mezzo di sostentamento), o del creditore del lavoro (mercede come spesa, come sacrificio) pur essendo prevalentemente unilaterale dell'una o dell'altra parte, non lo è però, come or ora s'è visto, in modo assoluto: nella posizione contrattuale della mercede quei due punti di vista rientrano più o meno largamente. Ma è certo che l'aspetto tipico dal punto di vista del contratto è quello della mercede nella relazione col lavoro. È

¹⁾ Un tempo, quando il lavoro induceva un vincolo personale di servitù, la retribuzione — che in realtà economicamente non cessava di essere tale — era piuttosto concepita come elargizione, come liberalità accordata al lavoratore. D'AVENEL, *Histoire économique de la propriété, des salaires*, ecc., III, p. 464.

²⁾ ROSSI, *Solidarietà professionale*, p. 49.

³⁾ La formula veramente esatta è quella dello HERMANN, cit., in LORIA, *Sintesi economica*, pag. 45: il lavoratore vive del proprio salario, e se l'imprenditore glielo paga è soltanto perchè ne riceva in cambio l'equivalente sotto forma di lavoro.

⁴⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 147. Il LOTMAR osserva giustamente che « solo in virtù di quello che è il lavoro per il datore di lavoro, il datore di lavoro è tenuto a una controprestazione » (op. cit., p. 148).

quindi strano che appunto questo carattere così sostanziale, il primo che salta all'occhio, sia stato talora condannato o relegato in seconda linea.

Del resto non vi ha dubbio che la funzione ristoratrice (non già restitutrice in senso stretto, perchè le forze consumate non si richiama più in vita!) della mercede corrisponde al vero ¹⁾: essa coincide con il suo scopo soggettivo di sostentamento che sopra abbiain visto più o meno influire sulla disciplina del contratto di lavoro. La maggiore possibile conservazione delle energie di chi lavora, del resto, rientra già nella struttura del contratto di lavoro. Infatti, è a questo scopo della conservazione delle energie di chi lavora che mira in sostanza l'obbligo del creditore del lavoro di procacciare all'altra parte un buon ambiente di lavoro. Ma a guardar bene tutto ciò non solo non elimina, ma è compatibile, anzi presuppone necessariamente quella relazione tra mercede e lavoro che rivela l'equivalenza soggettiva di questi due termini tra le parti che hanno stipulato il contratto di lavoro. Se la mercede è restituzione di energie di lavoro consumate da chi deve la mercede, ciò è appunto perchè vi è stata prestazione di lavoro! Che il tornaconto dell'industriale (dell'avveduto industriale) coincida coll'interesse del lavoratore non significa già che nel contratto di lavoro vi sia latente una cooperazione di intenti; in realtà l'industriale, o in genere il creditore del lavoro, si preoccupa solo che la prestazione a lui dovuta sia prestata in condizioni che affidino per il massimo suo rendimento: è, come già abbiamo osservato, sempre il tornaconto proprio che preme su di lui.

A un risultato molto affine arrivano coloro che non si rassegnano a classificare nel contratto di lavoro l'esercizio delle opere liberali, cioè prevalentemente intellettuali, compensate; perchè si asserisce che rifuggono dalla possibilità di una stima. Il compenso non sarebbe che un dono, un mezzo di sostentamento; non il corrispettivo del lavoro. E argomento che qui ci limitiamo ad accennare ²⁾.

La mercede è stata anche considerata come una anticipazione à *forfait* concessa dall'industriale all'operaio sul prezzo sperato dalla vendita del prodotto in avvenire ³⁾. Questo concetto, in cui già ci siamo

¹⁾ Che, da questo punto di vista, scopo della mercede sia principalmente la reintegrazione delle forze (non già reintegrazione del patrimonio di energie proprie del lavoratore: su ciò appr. capit. 5.º, § 1), anzichè il sostentamento come appagamento dei bisogni del lavoratore è stato negato dal MASCI, op. cit., p. 77: la reintegrazione non sarebbe che funzione secondaria. In realtà queste due funzioni si compenetrano: l'una presuppone l'altra. Chè anche la reintegrazione delle forze è una meta non solo pel creditore del lavoro, ma, e più ancora, pel lavoratore, per cui il lavoro è mezzo di sostentamento.

²⁾ Così il LABAND, *Staatsrecht*, I, p. 465, vede nello scipendio degli impiegati una « rendita » (*Rente*) connessa alla gestione di un dato ufficio, una rendita con cui lo Stato alimenta l'impiegato Cfr. appr.

³⁾ Sopra, p. 69 sg. Si ricordi che per la locazione di servizi anche i fautori della

imbattuti, esclude poi in modo perentorio (o vorrebbe escludere) la commutatività della mercede, coll'introduzione di un elemento associativo che dovrebbe escludere quel rapporto antitetico quale sussiste nello scambio. È un concetto che già abbiamo escluso, e che più avanti cercheremo di confutare, escludendone l'ammissibilità in base all'esame giuridico, anzi economico-giuridico del contratto di lavoro. Vedremo che se in un senso molto largo e comprensivo vi ha un fenomeno di collaborazione tra lavoratore e industriale, in realtà, in un senso più proprio, quel concetto viene appunto ad eliminare l'elemento strettamente associativo; l'operaio, col rendersi estraneo al processo di produzione e ai suoi rischi, preferisce collocarsi di fronte, non a fianco dell'industriale: quella posizione appunto di lotta tra due interessi estranei e cozzanti, che cercano un punto di eguale soddisfacimento per tutti e due. Ciò che è appunto il fenomeno dello scambio.

44. Dal punto di vista del creditore del lavoro la mercede ci si affaccia, vedemmo, come contro-prestazione equivalente al lavoro; come un onere ¹⁾, un sacrificio a prezzo del quale, può ottenere quelle energie di lavoro di cui ha bisogno: vedremo, anzi, che questo carattere di onere gravante sul creditore del lavoro è essenziale per la mercede, come prestazione contrattuale che imprime al rapporto la qualità di oneroso. Dunque la mercede rientra tra le « spese » del suo debitore ²⁾. L'industriale segnerà nel passivo del bilancio della propria azienda, accanto alle spese per acquisto di materia prima, di affitto di locali ecc., anche le spese per pagamento di salari. Non vi è dubbio che appunto per ciò, quando si allude in genere alle « spese » di una persona, oltre a quelle fatte per acquisti, ad es., per riparazioni, per viaggi, pel proprio sostentamento, si debba tener conto anche delle mercedi pagate, sempre che queste si riconnettano alla ragione o al titolo in base al quale si discorre di spese.

Sotto questo aspetto la mercede ci si presenta ad es. nell'art. 1640, che ritiene irrilevante l'aumento del prezzo della mano d'opera allo scopo di ottenere un aumento del prezzo concordato col committente. E nello stesso senso l'art. 1645, in cui è parola della mercede come debito dell'imprenditore, e come onere (non debito) gravante il patrimonio del committente.

teoria qui ricordata ammettono che la mercede non è se non un puro credito verso il creditore del lavoro. CHATELAIN, *De la nature* ecc., p. 32.

¹⁾ Cioè è il costo di produzione del reddito percepito dal creditore del lavoro. LORIA, op. e l. cit.

²⁾ Spesa: vale a dire, con linguaggio economicamente più corretto, capitale, costituito col risparmio anteriore, e anticipato da chi lo detrae in vista del prodotto futuro. RICCA-SALERNO, op. cit., p. 3. Il concetto di spesa è un concetto che appartiene alla tecnica economico-giuridica.

Il concetto di spesa si riaffaccia come « rimborso di spesa » dal punto di vista di chi ha dato il proprio lavoro. Se il lavoro è dispendio di energie, pel lavoratore costituisce un sacrificio così come è per lui uno sborso di denaro. Si dice anche « spendere il proprio lavoro, le proprie forze ». Anche ritenuto che il lavoro non sia bene patrimoniale (su ciò appresso) così come lo è il denaro, sta per tutti e due normalmente, se non tipicamente, la medesima sensazione soggettiva penosa di un onere, che consiste nella sottrazione di qualcosa (energie o denaro) ¹⁾.

Da ciò al concetto del lavoro come spesa per chi lo ha dato, e della mercede come rimborso o rifusione di spese il passo è breve. È un concetto affine, in parte, nel suo substrato, a quello già visto che scorge nella mercede la restituzione di energie consumate. E del resto questo lato concetto è stato sostenuto ²⁾: si è detto che spesa è qualunque sacrificio patrimoniale o economico; perciò lo è tanto lo sborso di denaro quanto l'impiego di lavoro: la limitazione allo sborso di denaro vale solo pei tempi in cui il lavoro è servile e non gli è accordato alcun compenso. Ma se anche questo concetto, inteso molto latamente, si voglia accogliere, altro è quando lo si voglia limitare nella sua esatta portata per la tecnica terminologica giuridica. Io non credo che in questo senso mercede sia da concepire come rimborso di spesa.

Anzitutto faccio tutte le mie riserve sul concetto dell'impiego del proprio lavoro come onere patrimoniale: abbiamo già visto che non vi ha qui una attribuzione patrimoniale. Vi è però la possibile sensazione penosa: ma si ammetterà che questa non è per sè sola l'elemento essenziale e sufficiente della « spesa ». In realtà nel sistema legislativo nostro « spesa » è proprio lo sborso di denaro o di altri beni, per lo più a titolo di corrispettivo per cose o servizi ricevuti: non ho che richiamare l'attenzione sugli articoli 305, 230, n. 1, 1455, 1888 ecc. Che anzi il codice distingua spesa da mercede risulta ad es. dall'art. 1753: « Il mandante deve rimborsare il mandatario delle... spese e pagargli il compenso se l'ha promesso ». Può parere a tutta prima che vi contraddica l'art. 276 cod. proc. civ., che disciplina la tassazione delle spese a carico della parte soccombente (art. 370), e in cui rientrano anche gli onorari del procuratore, dal momento che

¹⁾ La sensazione sarà più o meno penosa per la privazione del denaro, anzichè per il dispendio di energie a seconda della quantità di denaro di cui si può disporre: la pena potrà ridursi a quantità assolutamente trascurabile. Del resto già s'è visto sopra che quanto al lavoro la penosità non è giuridicamente qualità tipica. Quanto a questo elemento comune della penosità, per lo sborso di denaro come pure spesso per l'impiego del lavoro, ricorderò qui come certe leggi che impongono prestazioni di lavoro di carattere tributario, ammettono anche l'equipollente sostituzione di un sacrificio di denaro.

²⁾ RICCA-BARBERIS, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento*, 1914, p. 1-2.

lo stesso art. 370, nel capov. 2.^o si limita ad escluderne gli onorari dei procuratori per l'assistenza agli interrogatori e al giuramento. La regola è quindi l'inclusione. Ma in realtà è rimborso di spese sostenute dalla parte vincente, non dal suo procuratore; gli art. 374 e 375 veramente accennano a rimborso delle spese direttamente al procuratore, e certo in tal caso è da estendere il rimborso di spesa al pagamento dell'onorario. Ma il concetto fondamentale della legge è sempre quello di onorari pagati o che avrebbero, in forza del contratto intervenuto col procuratore, dovuto essere pagati dalla parte vincente: rispetto ad essa, come vedemmo, la mercede è indubbiamente una spesa.

E poi: rimborso o rifusione di spese non è per lo più che restituzione di cose del medesimo genere. La spesa infatti si riferisce per lo più al denaro, e questo concetto non si verifica per la mercede; non si restituiscono le forze, ma il mezzo onde recuperare le forze ¹⁾. È vero che la « spesa » in sè non esclude che sia fatta a mezzo di cose determinate nella specie: se il mandatario, per far fronte a certi impegni del mandante, paga con un proprio oggetto infungibilissimo di valore, questa è certo una spesa di cui deve restituirsi l'equivalente economico. Ma eccoci, allora, tornati al concetto vero: mercede come corrispettivo o equivalente del lavoro impiegato.

Vi è però la possibilità, a tutta prima, di concepire la mercede come rifusione di spese in relazione allo scopo cui la mercede deve servire: il sostentamento del lavoratore ²⁾. Questi durante la prestazione di lavoro non ha ancora riscosso la mercede (che segue, non precede ordinariamente l'adempimento del lavoro), ma tuttavia ha dovuto sostenere sè e la propria famiglia, facendo delle spese. La mercede potrebbe essere considerata, dunque, come rimborso di queste spese. Aggiungo che in passato (e in parte ancor oggi, come pur vedremo) questo concetto ha dominato nel campo del contratto di prestazione di opere liberali, o lavoro prevalentemente intellettuale; es. quanto

¹⁾ Senza aggiungere che a tutto rigore, anche a prescindere dall'osservazione fatta nel testo, il creditore del lavoro non « restituisce » nulla, per la ragione che non ha ricevuto il lavoro, ma solo il suo risultato: l'impiego delle energie di lavoro è « sempre » un fenomeno che non esce dalla cerchia della personalità del lavoratore. Questo deve ritenersi per la dignità della persona di chi lavora. Cfr. LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 137.

²⁾ È certo che il legislatore, nell'art. 468, ha concepito il compenso attribuito nella specificazione a favore dell'artefice come rimborso di spesa: « ... rimborsando l'artefice... del prezzo della mano d'opera ». Come si vede si discorre di « prezzo » come a proposito dell'ipotesi inversa, « ... prezzo della materia » (art. 470). Bisogna però osservare che nell'art. 468 si contempla una situazione particolare, quale ritroveremo ad es. nel caso di risoluzione retroattiva o di annullamento di un contratto di lavoro, in cui si debba, idealmente, restituire il lavoro speso da uno dei contraenti, ciò che non è possibile se non nella forma indicata per la specificazione.

alle professioni liberali, in cui si credette di palliare la mercede sotto il velo molto, troppo trasparente di un rimborso di spese, come appresso vedremo più dettagliatamente a proposito delle opere liberali.

Intanto qui diciamo subito come tale concezione della mercede si possa anche ritenere esatta in un senso molto lato, e che oltrepassa i limiti della posizione creata dal contratto (di cui solo qui ci occupiamo): ma che è un concetto, appunto, che, oltrepassando quei limiti, non risponde alla verità giuridica di quello che è la mercede nella situazione creata dal contratto di lavoro. Torniamo a dire che lo scopo di sostentamento ha la sua importanza, giuridicamente (quando sussiste), ma che in prima linea sta il rapporto tra mercede e lavoro, non tra la mercede e i bisogni cui colla mercede il lavoratore vuol provvedere. La ponderazione delle spese occorrenti al soddisfacimento di questi bisogni è verissima, ma principalmente nella mente del lavoratore che sta per stipulare il contratto di lavoro: dal punto di vista esterno dei suoi rapporti con chi ha bisogno del suo lavoro la mercede la riceverà solo perchè avrà dato il lavoro. Quella ponderazione, a parte l'interesse che potrà avervi anche il creditore del lavoro (ma non sempre, in fatto!), è principalmente ponderazione di motivi soggettivi che gravitano col loro peso nel momento della lotta, ma che non sono di per sè soli decisivi, perchè si deve pur tener conto della resistenza opposta dal fascio di motivi soggettivi che sorreggono chi ha bisogno del lavoro in questa competizione di interessi; è insomma quello che a prima vista si rivela come il fenomeno economico-giuridico dello scambio che si va delineando, in cerca di quello che sarà il punto di incontro della domanda con quello dell'offerta del lavoro: ed è nello scambio della promessa di mercede contro la promessa di lavoro che la mercede ha la sua collocazione giuridica principalissima.

Del resto se si volesse proprio procedere alla lettera (cioè attuare logicamente fino alle ultime necessarie conseguenze) quel concetto della mercede come rifusione di spese, si dovrebbe, a rigore, statuire un rapporto tra la mercede promessa e le spese effettivamente sostenute: ciò che, dal punto di vista dell'odierno assetto economico-giuridico del contratto di lavoro, è semplicemente assurdo. Salvo farne un rimborso *à forfait*, che prescinda dall'esatto aumentare delle spese. Ma allora il concetto di rimborso di spese andrebbe in realtà affievolendosi sino a diventare nulla più di una larva, sino a non essere che uno dei tanti elementi che figurano nello sfondo precontrattuale, e che accompagnano anche la vita del contratto di lavoro, ma solo lateralmente, senza mai intaccarne l'ossatura.

45. Il risultato pratico è che se la mercede non è per la tecnica giuridica rifusione di spese, non si potrà senz'altro ritenere implicito il pagamento di una mercede nella promessa di rimborso delle spese. E viceversa la promessa di pagamento della mercede non si

intenderà comprensiva senz'altro anche della rifusione di spese. Quanto alla prima conseguenza è chiaro che se del lavoro fu prestato, bisogna distinguere secondo che lo fu per un contratto di lavoro, o per un contratto puramente gratuito: nel primo caso la promessa di un rimborso delle spese non elimina la necessità di pagare il compenso. Ciò è stabilito a chiare note nell'art. 1753. Può essere che la natura gratuita o no dell'assunzione di lavoro sia dubbia: la promessa di rifusione delle spese, in tal caso, non si può intendere senz'altro come indice che si è inteso assumere la prestazione di lavoro a titolo corrispettivo.

Vi è un caso però in cui il dubbio se la mercede comprenda anche la rifusione delle spese, realmente si affaccia. Quando il debitore del lavoro abbia assunto a suo carico le spese relative alla prestazione di lavoro, es. acquisto della materia prima, istrumenti di lavoro, accessori, ecc. e gli sia stata promessa una mercede globalmente determinata, è certo che la mercede non comprende solamente il vero compenso pel lavoro prestato, ma anche la rifusione delle spese realmente sostenute. Qui siamo in un caso differente da quello di cui fin qui ci siamo occupati; non è più il lavoro che è considerato come spesa da rifondere; ma vi sono vere spese, nel senso proprio, di cui il rimborso è implicito nella mercede. Data la distinzione concettuale tra mercede come compenso del lavoro, e il rimborso di spese si dovrebbe ritenere che quella mercede in realtà non è che una somma dovuta in parte a titolo di mercede, in parte a titolo di rimborso di spese. Notiamo che la questione è praticamente importante: infatti ¹⁾ può importare al creditore, obbligato ad es. al pagamento degli interessi sulla mercede già scaduta, di limitarla alla sola e propria mercede. Che ciò tuttavia non sia ammissibile sostiene appunto il Lotmar, e sostengo anch'io; ma non interamente per la ragione a cui si riferisce il Lotmar: il quale si richiama alla difficoltà teoretica di distinguere la mercede dalla rifusione di spese, e quindi alla necessità di non dare alcuna importanza all'elemento eventualmente implicito della rifusione di vere spese. Io invece osservo che se anche questa separazione si volesse o potesse fare, ciò non eliminerebbe la necessità di pagare gli interessi di mora, oltre che sul vero compenso del lavoro, anche sulla somma dovuta a titolo di rifusione di spese.

Aggiungiamo che invece vi sono casi in cui indubbiamente, per ammissione anche del Lotmar, si deve operare la distinzione, nella somma unitariamente fissata, della mercede dalla rifusione delle spese: ad es. il caso di mora del creditore del lavoro. Se egli non coopera per quanto gli spetta a che la prestazione di lavoro si possa adem-

¹⁾ LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 140.

piere, certo il debitore del lavoro, forzatamente inoperoso, ha diritto che gli sia pagata la mercede, ma da questa bisogna dedurre le spese che non ha fatto, oltre al guadagno che abbia ricavato col dare ad altri il suo lavoro; bisogna dedurre, come a suo luogo vedremo, quanto abbia guadagnato nel frattempo o anche solo risparmiato (cfr. pure § 615 cod. civ. germ.). Ciò, a tacer d'altro, per una esigenza evidente della equità e della buona fede, che, a' sensi dell'art. 1124, atteggiano variamente le obbligazioni scendenti dal contratto.

Questo esempio conferma il risultato cui teoricamente siamo giunti che la differenza strutturale tra mercede e rifusione delle spese induca la possibilità di dover distinguere nella mercede globalmente determinata il vero compenso del lavoro dalla rifusione delle spese. Però con ciò non è detto che questa separazione debba avvenire di regola. Quando per la consegna di un risultato di lavoro si promette dal committente una data mercede, riferendola anche alle spese a carico del debitore del lavoro, in realtà — trattandosi di locazione d'opera, cioè di lavoro autonomo — le spese costituiscono (così come il lavoro) un rischio assunto da quest'ultimo, il committente vi è estraneo: il che è come dire che la mercede è determinata in base al puro risultato ¹⁾ di quel complesso di elementi che è dato dal lavoro, e dalla materia prima ecc. procacciata dall'artefice, astrazione facendo dalla parte che nel processo di produzione ognuno di questi elementi abbia in realtà. Normalmente, nel periodo delle trattative, l'industriale o l'artigiano o l'artista fa un calcolo approssimativo delle spese che incontrerà e del lavoro che dovrà impiegare; questo calcolo è la base sulla quale si determina la sua partecipazione al periodo di lotta che caratterizza le trattative di contratto. Ma che i suoi calcoli siano errati è un fatto irrilevante: appunto perchè quelle spese non sono che un rischio del lavoratore, si capisce che non debba modificarsi la mercede. Così se sono molto maggiori del previsto non può dire che la mercede promessa basta appena per rimborsare le spese, che quindi in realtà non gli è compensato il lavoro: questo e non altro viene a dire appunto l'art. 1640. Così come se non vi sono affatto spese, non può il committente pretendere di eliminare dalla mercede la parte approssimativamente corrispondente alle presunte spese. Le due parti, insomma, di cui consta la mercede, formano un tutto inscindibile, che viceversa si scompone in altri casi, quando manchi la ragione di quell'inscindibilità, cioè la sua relazione (di corrispettivo) con un risultato di lavoro effettivamente formato, e unitariamente considerato come tale

¹⁾ LOTMAR, op. cit., p. 143. Se le spese consistono in salari pagati ad altri lavoratori, ciò è in virtù di un rapporto (tra debitore del lavoro e gli operai o lavoratori che esso impiega) interno, a cui il committente è affatto estraneo, salvo il caso di cui all'art. 1645. Cfr. sempre l'art. 1640.

(come risultato). Quando vi è mora, infatti, manca questo termine di confronto, e allora si capisce che, in nome dell'equità, l'amalgama della mercede si sgretoli.

Certo, se in quest'ultimo caso il pagamento della mercede si potesse concepire come indennizzo, la ragione di questo sgretolamento sarebbe anche più evidente. Ma vedremo che ciò non è. Finchè vive il contratto (e durante la mora *accipiendi* vive) la mercede è tale, cioè compenso di un lavoro che il debitore è pronto a fare.

46. Da ciò si rileva che la mercede non può mai essere concepita come indennità. Veramente non manca chi ha appunto accolto questo concetto. Così il Conrad ¹⁾, per cui la mercede non è in sostanza che l'indennizzo per il lavoro dato ad altri. Se ciò fosse vero la mercede dovrebbe in realtà essere proporzionale al disagio patito effettivamente dal lavoratore; il che non è vero, perchè nella formazione del tasso della mercede questo è uno degli elementi che vi contribuiscono, ma non è l'unico, considerato l'impero della legge della domanda e dell'offerta. Del resto si è già visto che la concezione della mercede dal punto di vista unilaterale del lavoratore è giuridicamente ed economicamente erronea, posto che si voglia considerarla nella sintetica situazione creata dal contratto.

La mercede si può concepire come indennizzo solo quando del contratto di lavoro sia cessata l'efficacia, ad es. per recesso unilaterale del creditore del lavoro nella locazione d'opera, e tuttavia sia dovuto all'artefice il pagamento di quello che vivente il contratto era pagamento di mercede ²⁾. Se il contratto è morto è spenta anche la sua conseguenza tipica, e determinante la sua funzionalità, cioè l'obbligo al lavoro; e avviene perciò una trasformazione oggettiva in seno all'obbligo al pagamento della mercede, che qui si scompone nei suoi elementi: compenso del lavoro, rifusione di spese; il compenso è dovuto integralmente, il rimborso solo nel limite di quelle già fatte. Infatti l'articolo 1611 non allude più al pagamento della mercede, senz'altro, come fa l'art. 1840; ma la scompone dicendo che l'artefice ha diritto di essere tenuto indenne delle spese (si intende realmente fatte), dei lavori (cioè compenso dei lavori eseguiti), e del compenso ulteriore che, dedotte le presumibili spese, non fatte, avrebbe potuto ricavare.

¹⁾ *Grundriss zur polit. Oekonomie*, I, p. 314.

²⁾ La indennità per mancato preavviso non coincide necessariamente col salario dovuto per il periodo di preavviso. E perciò si può ritenere colla Cassaz. francese (29 nov. 1911, cit. in *Contr. lav.*, 1912, 288) che una quitanza per pagamento di salario « senza riserva ed a saldo d'ogni conto » non esclude l'obbligo di indennità per mancato preavviso.

E tutto ciò si spiega semplicemente con ciò, che qui siamo di fronte a un vero indennizzo: l'articolo 1641 lo dice esplicitamente («...indenne...»).

Ma se il contratto vive, la mercede è compenso, cioè equivalente del lavoro, non mai risarcimento di danno: è compenso anche se la prestazione di lavoro non è realmente attuata, senza che ciò abbia ad influire sulla mercede (mora del creditore del lavoro); da questo punto di vista indubbiamente le controstallie non rappresentano che la continuazione del nolo, non già un indennizzo, nel senso preciso della parola. È la stessa cosa come per il prezzo dovuto malgrado il perimento della cosa. Questo è vero prezzo, cioè equivalente di un valore che in realtà non sussiste. Tutto ciò consegue dalla limitazione che, in base a principi generali che ora non occorre io ricordi, ma sui quali ritorneremo a suo luogo, è imposta al vincolo di subordinazione reciproca tra le due prestazioni avvinte da nesso di onerosità¹⁾.

Inoltre il concetto di danno, riferito al consumo di energie, sarebbe erroneo. Danno è diminuzione di patrimonio; il consumo di energie non è tale, perchè le energie di lavoro son sono «cosa» o «merce» (come a suo luogo vedremo): il patrimonio rimane intatto malgrado tale consumo²⁾. A ragione osserva il Lotmar che se anche si volesse concepire il lavoro come bene patrimoniale, sarebbe pur sempre un bene non preesistente, nel patrimonio, al dispiegamento effettivo di energie, un bene prodotto dal lavoratore (prima non sussiste se non una semplice attitudine al lavoro); ora, ciò non basta perchè si abbia una «diminuzione» di patrimonio.

Ma si potrebbe obiettare che almeno l'attitudine al lavoro resta diminuita, colla sua attuazione; e la mercede mira appunto a colmare questa lacuna. Ma neppur questa attitudine al lavoro, come vedremo più avanti, è un bene economico, quindi neppur qui vi è il danno in senso proprio³⁾.

¹⁾ Cfr. appr. p. 149 sg. Come risarcimento di danni pare la concepisca il BLOCK, nel *Journal des économistes*, 1899, II, p. 162. Vi è qualche caso curioso e a tutta prima imbarazzante. Per es. per la legge 18 luglio 1904, n. 390 sull'istituzione delle commissioni provinciali di beneficenza le funzioni dei membri delle commissioni sono gratuite (art. 10). Ma ai commissari operai spetta «una indennità corrispondente alla mercede effettivamente perduta da essi per prender parte alle adunanze». Prescindiamo qui dal carattere pubblicistico del rapporto: qui è affermata anche per gli operai la gratuità del rapporto, a mio avviso. Perciò per essi è vera indennità, non mercede.

²⁾ Così anche LOTMAR, cit., I, p. 136.

³⁾ Il LOTMAR, op. e l. cit., ritiene che l'operaio non può giuridicamente arrecar danno a sè stesso, lavorando. Danno è ciò che si è sofferto e richiede quindi il contegno passivo della vittima nel paziente; invece il lavoratore si danneggerebbe da sè colla propria attività. Veramente con questo concetto non si saprebbe pregare il risarcimento per infortunio sul lavoro a cui l'operaio abbia dato occasione col fatto proprio; salvo che si neghi qui il concetto di un indennizzo.

Ciò non toglie che bene spesso ci imbattiamo in espressioni giurisprudenziali ¹⁾ o dottrinali che alludono alla mercede come indennità, e ciò specialmente, come abbiain già ricordato, a proposito del lavoro prevalentemente intellettuale, ad es. per le professioni liberali: sempre per la vaga impressione dell'inestimabilità di questo lavoro.

47. Vi sono però talora delle forme di compenso per le quali può nascere illogicamente il dubbio se si sia o no di fronte a vere e proprie indennità, perchè è appunto con questo nome che le stesse leggi o i regolamenti le designano. Così l'art. 1 della legge sulla pignorabilità e sequestrabilità degli stipendi, ecc. (2 luglio 1908) ricorda anche le indennità tra le forme di compenso dovute ai funzionari, impiegati, ecc. Che sia compenso del lavoro risulta dalla dizione di quell'articolo, che termina l'enumerazione aggiungendo « ... e i compensi di qualsiasi specie che lo Stato... corrispondono ai loro funzionari..... », espressione che ha tutta l'aria di essere una sintesi concettuale abbracciante anche l'enumerazione precedente. In realtà non è irragionevole il dubbio in proposito, e che par poter indurre a non generalizzare questo concetto di una piena parificazione concettuale della mercede all'indennità, anzi caso mai a estendere il concetto perfettamente opposto, che distingue indennità da mercede. Infatti nella maggior parte dei casi l'« indennità » che è pagata agli impiegati o ad altri lavoratori stabili e ai debitori di lavoro non prevalentemente manuale è proprio una somma che ha stretto riferimento colle spese che di solito sono ben specificate: indennità di residenza, di alloggio, di cavalcatura pel medico condotto. Di qui la conclusione che dunque non si sia di fronte a una vera mercede par logica.

Tuttavia è subito da opporre che anche la mercede è destinata alle spese di sostentamento; l'essere questa somma destinata dunque (limitatamente agli esempi citati) a una speciale categoria di spese a cui ordinariamente serve la mercede, non costituisce un criterio che la differenzi sostanzialmente da quest'ultima. Quindi si potranno considerare come un'appendice alla mercede, pagata in compenso del lavoro, ma con riguardo a certe speciali spese, che per causa dello adempimento della prestazione il debitore deve fare; è un supplemento di retribuzione ²⁾ in cui è espressa, contrariamente al solito,

¹⁾ Cass. Palermo, 5 nov. 1910, *Foro*, 1911, I, 237: « ... la ragione della natura speciale dell'indennità che il privato paga agli ufficiali giudiziari ». Ciò non toglie che la Cassazione estenda ad essi il beneficio della legge sulla insequestrabilità degli stipendi.

²⁾ In questo senso esattamente la Suprema Corte di Roma, 10 giugno 1905, *Foro it.*, 1905, I, 1205. Cfr. pure Cassaz. Napoli, 10 genn. 1902, *Foro it.*, 1902, I, 167. Tutto ciò prova quanta importanza anche nell'orbita del contratto abbia lo scopo cui la mercede deve servire. Con queste indennità pagate non in modo

la destinazione soggettiva della mercede come mezzo per far fronte a certe spese personali del lavoratore: un altro argomento a favore della già constatata rilevanza giuridica dello scopo soggettivo a cui la mercede è destinata. Che dunque queste indennità siano ricollegate esplicitamente alle spese che il debitore del lavoro deve sostenere, anzichè al suo lavoro (come retribuzione), non è una ragione per negare siano una parte del compenso.

Ma l'indennità ci si può presentare in altra forma. L'indennità di alloggio, di residenza, ecc., di cui s'è visto ora, è collegata con una determinata categoria di spese, ma non così strettamente, che il debitore del lavoro, a cui è dovuta, non possa anche destinare a scopo diverso l'indennità ricevuta. Questa non è che una agevolazione in suo favore, un aiuto, un sussidio, un'appendice insomma alla retribuzione; quindi può anche rinunciare all'effettiva erogazione di questa indennità, se ciò è compatibile con l'adempimento della sua prestazione. Perchè può essere che l'indennità miri a facilitare un maggior rendimento del lavoro; ora, la destinazione a scopi differenti dall'indennità non deve essere a scapito di questo risultato, che nell'attribuzione dell'indennità è implicitamente voluto. La Corte suprema di Roma, nella sentenza citata, ha dovuto appunto occuparsi dell'indennità di vettura e di residenza a un medico condotto, ed ha ammesso che questo « non era tenuto ad usare l'assegno predetto nell'adempimento dell'obbligo, nè della residenza, nè degli altri doveri d'ufficio, cui poteva provvedere con altri mezzi adoperando l'assegno come meglio gli aggradi »: poteva dunque considerare quell'indennità, così come lo stipendio, « per tutti gli usi della propria esistenza ». Quindi quell'indennità « era un accessorio che ne accresceva lo stipendio », e con esso si compenetrava: ma il medico doveva però sempre supplire con quel qualsiasi mezzo di locomozione, anche più economica, che gli consentisse di adempiere integralmente alle obbligazioni assunte. L'eventuale maggior disagio, pel medico, era un rischio a suo carico che non dava dunque diritto al Comune di diminuire l'assegno.

Ma non è escluso che certe indennità siano assai più strettamente connesse coll'effettiva attuazione delle spese a cui sono riferite: così è per le indennità di viaggio anticipate a un impiegato, che deve viaggiare per doveri d'ufficio ¹⁾. Qui sì che non vi ha più il carattere

fisso, ma eventuale, sporadico, si ottiene l'intento di adattare veramente la mercede a quello scopo di sostentamento, che è pure uno dei criteri commisuratori del tasso delle mercedi.

¹⁾ L'indennità annua che nel bilancio delle amministrazioni comunali è stabilita in favore del Sindaco è veramente un'indennità di questa natura, rispondente a spese sostenute dal Sindaco per ragioni di ufficio, e cioè pei doveri di rappre-

di retribuzione del lavoro, ma di anticipazione o di rimborso (più generalmente) di spesa. Coll'effetto pratico, rilevato già dalla Corte citata, che lo stesso impiegato non potrebbe servirsene per altri scopi della vita, con quella libertà con cui si serve dello stipendio, o di ciò che è parte, appendice dello stipendio ¹⁾. Che certe leggi ²⁾ qui usino la parola « compenso » non vuol dire che il concetto qui indicato sia erroneo: « compenso » qui sta per rifusione (come quando si dice compensare taluno per un danno avuto).

Tra queste due categorie di indennità ve ne sono alcune che costituiscono una zona grigia tra esse. Infatti nella seconda figurano indennità che non sono in sostanza se non rifusione di spese ordinariamente a carico del creditore del lavoro: questo infatti è il vero criterio tecnicamente differenziale tra le indennità-rifusione di spese e le indennità-mercede ³⁾, ed è indubbiamente con questa limitazione che va inteso l'art. 13 del regolamento per l'esecuzione della legge sugli infortuni sul lavoro ⁴⁾. Qui è evidentissimo che non si tratta di retribuzione del lavoro, almeno nel limite della esatta rifusione delle spese: perchè se l'indennità andasse oltre, nel limite del di più vi avrebbe vero supplemento alla mercede ⁵⁾: a mio avviso è con questa cautela che l'art. 13 regolamento infortuni va interpretato. Ma certe indennità possono riferirsi a spese normalmente a carico del debitore del lavoro, spese im-

sentanza. Naturalmente prescindendo qui dalla natura dei rapporti tra Sindaco e Comune, per limitarmi a questa indennità, e per ricordare come l'art. 280 del testo unico legge com. e prov. 21 maggio 1908 ricorda: a) *compensi* veri e propri come retribuzione del lavoro; b) *rimborsi* delle spese necessarie; c) le *indennità* al Sindaco. Le indennità in sostanza appartengono alla stessa categoria dei rimborsi, salvo differenze che qui non occorre segnalare. Cfr. Cons. di Stato, parere 29 dic. 1911, *Foro ital.*, 1912, III, 90.

¹⁾ L'indennità di trasferta non va computata come mercede, non già perchè eccezionale, come ritiene erroneamente l'AGNELLI (*Infort. sul lavoro*, p. 307), ma perchè è sostanzialmente cosa diversa dalla mercede.

²⁾ Es. R. decr. 2 nov. 1876, n. 3450 (« compenso per trasferimento »); R. decr. 14 sett. 1862, n. 840 (« compenso per spese di viaggio e per quelle di soggiorno »). Si badi però che il rimborso delle spese di soggiorno si può realmente considerare, come poi vedremo, appendice di mercede. Ciò pure spiega l'impiego della parola « compenso ».

³⁾ La Corte cit. ha rilevato ciò, osservando « che certamente dal concetto ampio di stipendio si distinguono le indennità di viaggio, di trasferta, e le spese di ufficio perchè tali assegni si pagano non in compenso dell'opera personale, ma per rilevare la persona dalle spese che sostiene per l'ufficio ».

⁴⁾ L'art. 13 cit. comprende anche le « somme corrisposte a titolo di.... indennità, quando non abbiano carattere di rimborso di spese..... ». È evidente che queste parole non avrebbero senso se si riferissero alle spese che l'operaio deve sostenere o ha sostenuto per sè, per conto proprio, per i bisogni suoi e della famiglia, in quanto la mercede è appunto destinata a sopperire a questi bisogni.

⁵⁾ In questo senso SACHET, *Traité théor. et pratique de la légis. sur les accidents du travail* (1904), I, n. 829.

prescindibili; l'indennità che vi si riferisce appartiene in sostanza alla prima delle due categorie sopra descritte, ma (a differenza dei casi indicati nella prima categoria, e ad analogia di quanto accade per la seconda) è soppressa interamente la libertà di erogazione. Es. l'indennità d'arma percepita dagli ufficiali della R. Marina ¹⁾. La soppressione della libertà di erogazione si riconnette colla imprescindibilità maggiore o minore dello scopo dell'assegno, ma non è un elemento che differenzi sostanzialmente questo particolare assegno dalla mercede: in quanto la necessità di una data spesa avrebbe pur dovuto gravare sulla mercede stessa, incanalandone forzatamente una parte. Abbiamo qui, dunque, vera appendice di mercede.

Col criterio differenziale qui accolto si dovrebbe ritenere che le indennità eventualmente a carico dell'industriale per infortuni sul lavoro toccati agli operai che egli abbia trascurato di assicurare (art. 21 testo unico) sono parte della mercede, dal momento che le spese di malattia sono normalmente a carico del lavoratore; un supplemento di mercede cui l'industriale può essere obbligato, appunto in considerazione dell'utilità che gli è venuta dall'opera dell'infortunato. Questa è infatti, come già sopra abbiamo ricordato, l'opinione accolta tra noi ad es. dal Carnelutti ²⁾. Certo, se noi vogliamo risolvere il dubbio considerandolo da questo angolo visuale sembra difficile opinare diversamente. Infatti a tutta prima in contrario si potrebbe dire che l'infortunio è spesa dell'industriale, è un rischio della sua azienda, una spesa, direi quasi, d'ufficio. Ma questa sarebbe la conseguenza appunto dell'obbligo che ha l'industriale di provvedere a indennizzare l'operaio, o pagare i premi di assicurazione, non è questa una conseguenza di quell'aforisma: si intende dal punto di vista della stretta esegesi giuridica.

Intanto non occorre che io insista nel giustificare la limitazione della questione al caso di cui all'art. 21 testo unico, escludendo senz'altro quello di cui all'art. 22. In quest'ultima disposizione ci troviamo indubbiamente di fronte a una responsabilità per danni, secondo il diritto comune (lo stesso articolo discorre di « responsabilità civile »); qui si risale ai presupposti subbiettivi della responsabilità che sono estranei affatto al concetto della « mercede », che si trova in relazione oggettiva colla prestazione del lavoro. Qui siamo di fronte a un vero e proprio risarcimento dei danni (che infatti vanno rifusi integralmente).

Ma anche limitandoci all'art. 21 io credo che anzitutto si debba distinguere l'indennità che consegue da invalidità permanente di tal

¹⁾ Cfr. Tribunale di Sarzana, 14 dic. 1910, in *Temi genov.*, 1911, 63, che ha concluso per l'impignorabilità di questa indennità anche per causa di alimenti.

²⁾ *Infortuni sul lavoro* (Studi), p. IX.

natura da togliere al lavoratore la possibilità di continuare a dare le sue energie in base al contratto che lo vincolava all'industriale, dall'indennità che rende possibile il ritorno al lavoro presso questo medesimo industriale. Vedere nella indennità della prima ipotesi un supplemento di mercede, quando la possibilità di una prestazione di lavoro è esclusa è assolutamente inammissibile. Si dirà che vi ha qui la stessa situazione che per la pensione: tanto la pensione che l'indennità per inabilità permanente assoluta escludono la mercede (anzi sono attribuite perchè non si dà mercede), e non presuppongono una contemporanea prestazione di lavoro. Ma in realtà la pensione presuppone un lungo periodo di continuata prestazione di lavoro, e non è, in parte, se non uno spostamento di quella porzione di mercede che non venne pagata durante quel periodo di lavoro (sempre, si intende, se le pensioni sono a carico della medesima azienda a cui il lavoro fu dato). Invece l'indennità per infortunio non presuppone questo periodo di attività precedente: un operaio appena assunto, vittima di infortunio, e che l'industriale non abbia assicurato, in base all'art. 21 testo unico infortuni sul lavoro, o al caso in cui l'industriale sia civilmente responsabile ai termini dell'art. 22, ha tuttavia diritto alla indennità per parte del capo dell'impresa. Questa indennità non è dunque mercede, ma vero indennizzo (sebbene nel caso dell'art. 21 non risarcisca tutti i danni)⁴.

Il dubbio può invece più ragionevolmente nascere quanto alle indennità per inabilità che non impediscono il ritorno al lavoro (inabilità temporanea, assoluta o parziale). Queste, a tutta prima, par si possano considerare puramente come un soccorso che si sostituisce o al salario (art. 9, n. 3) o alla parte di cui viene ridotto il salario (art. 9, n. 4): sembra difficile, a primo aspetto, vedere qui un tutt'uno di questa indennità col salario. Io posso anche ammettere che non s'abbia a spingere troppo in là questo argomento letterale: si potrebbe infatti riconoscere che la mercede complessiva può risultare (nel caso ad es., il più saliente per la nostra dimostrazione, del num. 4 dell'art. 9) della parte rimasta di salario più l'indennità; e cioè salario sarebbe, per la legge sugli infortuni, la mercede in scambio di lavoro, e indennità l'integrazione di questo salario. Ma è anche vero che in appoggio a quell'argomento letterale si può ricordare che le indennità che costituivano vera mercede, secondo il criterio da noi sopra proposto, presupponevano sempre la continuata prestazione di lavoro, mentre qui questa è sospesa e il salario, a quanto parrebbe, è pure o sospeso o ridotto. Si può opporre che è possibile, entro certi limiti,

⁴) Cfr. le mie *Istituz. di dir. civ.* (1914), p. 362, c). Si aggiunga che mentre la pensione, pur non essendo mercede, è però remunerazione del lavoro, questo non può dirsi dell'indennità.

l'obbligo di pagare la mercede anche se la prestazione del lavoro sia mancata: e questo è verissimo. Un caso già s'è visto, quello della mora del creditore del lavoro, ma qui possiamo citare un altro esempio ¹⁾ anche più calzante, quello della malattia del lavoratore. Spesso in tal caso il contratto o gli usi stabiliscono che la mercede venga tuttavia, almeno entro certi limiti di tempo, corrisposta o per intero, o con parziale riduzione. Certo, si potrebbe anche opporre che quella che il contratto chiama mercede, in realtà, in tal caso, non è che pura indennità. Tuttavia non mi pare insostenibile che proprio questa sia mercede ²⁾ in cui però acquista uno speciale risalto la funzione di sostentamento che ha la mercede, e non vien meno (così come nel caso di *mora accipiendi*) neppure il rapporto di equivalenza al lavoro, poichè anche qui, come per la pensione, possiamo ammettere il riferimento della mercede al lavoro già prestato, e inoltre a quello che sarà prestato. Si capisce che ciò è reso specialmente possibile dalla mercede a tempo, in cui si può fino a un certo punto prescindere dalla effettiva quantità di lavoro prestato, oltre che dal suo risultato. In sostanza non si deve dimenticare che qui il contratto di lavoro (le conseguenze dell'infortunio non essendo che temporanee) perdura, a differenza del caso in cui sia dovuta una pensione: è questa la ragione per cui la pensione, come s'è visto, non è mercede, pur essendo una forma di remunerazione in senso lato ³⁾, mentre questa indennità temporanea non si differenzia in nulla dalla mercede pagata durante la malattia del lavoratore.

Io non so capire perchè l'indennità che presuppone la continuazione del rapporto contrattuale, e cioè della prestazione di lavoro, debba essere bruscamente staccata dalla considerazione del lavoro fatto, o che si farà cessate le conseguenze dell'infortunio; non vi è ragione per trattarla diversamente dalla mercede pagata durante la

¹⁾ Altro caso è quello del servizio militare: talora si stipula non solo che il contratto di lavoro perduri, ma anche la continuazione del pagamento della mercede. Cfr. sopra, p. 144.

²⁾ Così come il prezzo dovuto al venditore, quando la cosa sia perita a rischio del compratore, non cessa di essere il « prezzo », malgrado sia mancata la consegna della cosa al compratore. E così come il conduttore della cosa deve pagare il prezzo della locazione anche per il tempo in cui le riparazioni (art. 1580) l'abbiano privato del godimento della cosa. Come in questi casi, così si può dire che le conseguenze dell'infortunio sono un rischio dell'industriale almeno in gran parte: perchè in parte il rischio è accollato anche al lavoratore, colla riduzione del salario. È insomma l'applicazione di principi generali sulla sopportazione del rischio nei contratti sinallagmatici o a titolo oneroso.

³⁾ Cfr. sopra, p. 125-126. Di comune ha questa indennità colla pensione il prevalere dello scopo di sostentamento, che tuttavia non escludo il collegamento col lavoro fatto, e quindi il carattere di remunerazione. È però certo che quello scopo di sostentamento ha un'impronta specialmente energica, per la determinatezza dello scopo di sostentamento, quanto all'indennità.

malattia, una volta riconosciuto che spesso si è usato « indennità » per alludere alla « mercede ». È dunque una forma di mercede, ma una forma *sui generis*, con proprie caratteristiche, che l'avvicinano alla pensione. Nell'indennità per infortunio, infatti, il rapporto col lavoro, pur non mancando, anzi, pur essendo imprescindibile, passa in seconda linea, a differenza di quanto accade per il tipo normale di mercede; e in prima linea si affaccia quella che normalmente non è carattere contrattualmente dominante della mercede, cioè la sua funzione di sostentamento del lavoratore.

Siamo dunque di fronte a un tipo ibrido, realmente intermedio tra la vera e pura indennità, e la forma normale e paradigmatica di mercede ¹⁾. Con ciò si spiega come la legge contrapponga questa indennità al salario; e si spiega pure la natura sua speciale di credito alimentare; con ciò si deve senz'altro ritenere, contrariamente a qualche sentenza, che l'indennità pagata all'operaio, per l'art. 21, non ha carattere di penalità ²⁾. Dopo ciò mi pare si possa sostenere la collocabilità di questa indennità (rispetto a cui l'industriale si sostituisce all'istituto assicuratore) nella categoria delle indennità-mercede (sia pure con proprie caratteristiche che in parte la deformano), cioè assieme alle indennità che riguardano spese cui normalmente è destinata a sopperire la mercede. E il risultato è questo: che la possibilità di dover pagare questa indennità di malattia rende incerto, perchè variabile in modo che non si può prevedere, l'onere della retribuzione del lavoro, considerata globalmente rispetto al lavoro complessivamente dato dall'impiegato o dall'operaio. Questo è uno dei casi in cui anche il giurista, così come l'economista, deve procedere con un largo sguardo sintetico. È del resto la stessa conseguenza delle indennità di alloggio, ecc., che non siano rifusioni di spesa, ma forma di mercede. Praticamente un industriale che voglia sapere quanto gli costa un impiegato o un operaio non terrà conto solo dei salari o degli stipendi, ma anche di tutte le altre forme di indennità, a cominciare da quelle di malattia. È con tutti questi oneri che egli ha acquistato il suo lavoro (mi si passi qui l'espressione incisiva, ma a rigore impropria): essi costituiscono nel loro complesso la mercede: tanto è vero che il calcolo approssimativo di queste indennità influisce sul tasso della mercede.

¹⁾ Lascio qui impregiudicata la questione, se si possa ammettere la responsabilità per diritto comune (quando ve ne siano gli estremi di cui all'art. 22) nell'ipotesi di applicazione dell'art. 21: certo se queste indennità cadono nella categoria concettuale di corrispettivo del lavoro, a tutta prima si affaccia la possibilità teoretica di quel cumulo.

²⁾ Conforme AGNELLI, op. cit., n. 556.

Ad ogni modo è importante chiarire la linea di distinzione tra le due categorie di indennità ¹⁾ (indennità-rifusione di spese normalmente a carico del creditore del lavoro, oppure a carico del debitore del lavoro) non solo per stabilire a quale indennità il lavoratore avrà diritto, oltre la riscossione della mercede, ma anche per determinare la portata reale di una mercede dal punto di vista della sua capacità a sostentare il lavoratore. Ad es. il vitto che il lavoratore consuma non nel luogo della sua residenza, ma nel luogo dove deve recarsi per ragioni di lavoro è, normalmente, fra le spese di sostentamento a cui è destinata già la mercede, spesa che quindi non gli deve essere separatamente rifusa. Invece le spese del pernottamento fuori di casa vanno rimborsate, quando non siano spese di stabile ordinario pernottamento in un luogo di residenza a cui già provvede la mercede ²⁾. Il rimborso di queste spese praticamente può essere conglobato colla mercede (comprendente dunque la vera mercede a quel rimborso), così come può essere fatto separatamente, se si tratta di spese irregolari e non tassativamente prevedibili. Volendo poi apprezzare la capacità alimentare dell'ammontare di una data mercede bisognerà, naturalmente, detrarre quella parte di essa che comprende eventualmente il rimborso di spese che si riferiscono all'azienda a cui il lavoratore dà il suo lavoro, postochè il rimborso sia in fatto conglobato colla vera mercede; non si dovranno invece detrarre quelle spese di vitto e di consumo personale che si sarebbero fatte anche nel luogo di ordinaria residenza, e che cioè costituiscono il sostentamento personale del lavoratore a cui è naturalmente dedicata la mercede.

¹⁾ La possibile identità di « indennità » con « retribuzione del lavoro » è addirittura luminosa nell'art. 28 testo unico sullo stato giuridico impiegati: « riceverà a titolo di indennità una retribuzione... ». Qui si allude al maggior lavoro in confronto alla diminuita retribuzione. Come si vede, riassumendo, « indennità » può essere: a) vera e propria mercede; b) vera e propria indennità; c) qualcosa di intermedio tra l'uno e l'altro, ma, ad ogni modo, nella categoria delle mercedi.

²⁾ In pratica spesso si rimborsano non solo le spese di trasferta comprendenti le spese di viaggio, ma anche le spese di *vitto* supponendosi che siano in realtà maggiori di quelle che normalmente si farebbero nel luogo di residenza. E a ciò provvede un'indennità che costituisce un'appendice alla mercede, variabile a seconda delle circostanze. L'art. 1 del R. decr. 14 settembre 1862 che disciplina questa indennità la proclama appunto un compenso al funzionario per le spese sia di viaggio, sia di soggiorno fuori del luogo della sua residenza.

È a notarsi che quanto al rimborso del vitto e dell'alloggio la giurisprudenza oscilla, circa la sua comprensione nel salario, ai termini dell'art. 13 Regol. infort. lav. Il SACHET, op. cit., p. 830, adotta un criterio diverso da quello segnato nel testo: ritiene che sia rimborso di spese d'ufficio, non compenso addizionale: salvo per il di più oltre la somma realmente spesa (cfr. sopra). Ma ciò è teoricamente inesatto e assai poco pratico. Infine rammento che l'indennità giornaliera per destinazione temporanea fuori dal luogo di normale residenza è tanto più supplemento di mercede quando sostituisca l'alloggio normalmente gratuito. Es. decr. 6 giugno 1912 n. 596 per i sottuffic. del corpo R. equipaggi.

Infine ricorderò che per gli impiegati civili dello Stato non è ammesso il cumulo degli stipendi (art. 16 testo unico sullo stato degli impiegati civili, 22 novembre 1908, n. 693); o più esattamente non si può aggiungere a uno stipendio, assegno o pensione alcun assegno vitalizio o temporaneo a carico dello Stato. Ma rimane salvo il principio del rimborso di quelle spese che non sono comprese normalmente tra quelle cui provvede lo stipendio, quali (art. 17, n. 2) « gli assegnamenti per spese d'ufficio, di trasferta, di collaborazione, di rappresentanza o di alloggio », spese che appartengono tutte alla categoria delle spese di produzione, e non di sostentamento.

§ 2. — *Il carattere alimentare del credito di mercede.*

SOMMARIO. — 48. Posizione del problema. — 49. Natura del credito alimentare. — 50. Applicazione alla mercede. — 51. La impignorabilità degli stipendi in base alla legge 2 luglio 1908.

48. Da quanto si è visto sin qui risulta che della mercede non si può affermare una unicità di natura; essa ha natura varia secondo l'angolo visuale dal quale lo studioso si colloca.

Nella dottrina si è addivennto, invece, a una recisa affermazione del carattere « alimentare » proprio della mercede, il che è quanto dire che è stato dato uno speciale rilievo allo scopo suo di sostentamento del lavoratore. Qualcuno l'ha asserito in genere; altri con limitazione ai piccoli salari ¹⁾. Questo è un punto che dobbiamo chiarire, perchè è noto come i crediti alimentari abbiano nel nostro sistema legislativo un trattamento speciale. Essi, cioè, non sono pignorabili (art. 592 cod. proc. civ.: « Non possono essere pignorati gli assegni per alimenti, eccettochè per credito alimentare... »); e non sono compensabili (art. 1289 cod. civ., che esclude la compensazione « quando si tratta di un debito il cui titolo derivi da alimenti non soggetti a sequestro »). Naturalmente non è questo il luogo per esaurire nei particolari l'argomento della compensabilità (sotto forma di trattenimento o ritenuta della mercede) o della pignorabilità: ma è qui che dobbiamo chiarire la natura alimentare o no, ai sensi di quelle disposizioni della mercede.

Il fatto che il precedente art. 591 cod. proc. civ. faccia menzione a parte degli stipendi dovuti dallo Stato, sottraendoli, quanto alla pignorabilità al diritto comune, non decide la questione, come la deciderebbe se riguardasse in genere le mercedi. Rimane dunque aperto il problema per le mercedi che non siano nè stipendi nè salari dovuti dallo Stato; sono esse da considerare come assegni alimentari?

¹⁾ Es. BROCHARD, in *Bulletin de la Société des études législatives*, 1906, p. 379.

49. Se la mercede dovesse essere presa in considerazione primariamente sotto l'aspetto dello scopo suo di sostentamento per il lavoratore, la risposta potrebbe anche essere (badiamo, non dico che sarebbe senz'altro) affermativa nel senso del suo carattere alimentare. Ma la mercede è, per noi che la studiamo dal punto di vista economico-giuridico, anzi prevalentemente giuridico, del contratto di lavoro, il compenso del lavoro: come tale certo vien meno in qualunque caso il suo carattere alimentare. La mercede è soprattutto un mezzo per ottenere il lavoro. Il creditore del lavoro paga la mercede non allo scopo primario e contrattualmente fondamentale di sostenere l'operaio, ma per avere il lavoro che gli abbisogna; e il lavoratore riceve la mercede come compenso del lavoro che dà. Si noti che ciò è importante dal punto di vista del credito alimentare in genere.

Infatti è certo che a determinare il « debito alimentare », nella sua più ampia generalità occorre che l'intento primario che ha determinato il sorgere dell'obbligazione sia proprio il sostentamento del creditore. Ciò è molto chiaro quando l'obbligo è legale (così per l'obbligo fra congiunti o di fronte ai figli naturali). Ma la necessità di quell'intento che si obbietta nello scopo a cui la prestazione è destinata non è meno evidente per il debito alimentare non legale. Il Cicu ¹⁾ veramente va anche più in là, sostenendo che si danno, è vero, casi in cui l'intento di assicurare a una persona i mezzi di sussistenza è perseguito contrattualmente (mercè costituzione di rendita vitalizia, di usufrutto o di alienazione di capitale), ma « in questi casi non si parla di obbligo alimentare ». Obbligo siffatto pel Cicu vi è solo nel caso in cui esso abbia per fonte la legge, perchè qui l'intento di sostentamento acquista uno speciale rilievo, si imprime obbiettivamente influendo sull'entità del vincolo. Ora, questa limitazione a mio avviso è eccessiva: quello che determina il carattere alimentare è soprattutto la destinazione che alla prestazione è impressa per opera di chi la pone in essere perchè ne ha l'obbligo (sia perchè l'ha assunto, sia perchè glielo ha imposto la legge o il testamento): la destinazione cioè di sostentamento del creditore. Che il credito alimentare legale abbia un'impronta anche più specifica per una più forte tutela per opera della legge può essere: ma è questione di intensità di tutela che non sopprime il carattere alimentare. Ad ogni modo che il Cicu sia andato anche più in là prova almeno la necessità di questo criterio, che è anzitutto criterio soggettivo: l'intenzione, l'impulso che ha determinato una persona ad assumersi l'obbligo di una prestazione, che perciò acquista carattere alimentare. Questo impulso di benefi-

¹⁾ *La natura giuridica dell'obbligo alimentare tra congiunti*, in *Rivista di diritto civ.*, 1910, p. 145.

cenza (appunto perchè unicamente o prevalentemente diretto al sostentamento di altra persona) può sussistere anche all'infuori degli obblighi legali di alimenti ¹⁾. Ad es. non si capirebbe perchè si possa pattuire la insequestrabilità della rendita vitalizia costituita a titolo gratuito (art. 1800) se non si ammette il suo carattere alimentare determinato dall'impulso del costituente. In quale misura poi questo criterio meramente soggettiva si imprima obbiettivamente sul rapporto derivante dal contratto non è questo il luogo per discorrerne: è possibile che si imprima molto più energicamente la natura alimentare dell'obbligo legale. Certo è ad es. che, quanto all'ammontare della prestazione, il criterio contrattuale di « ciò che è necessario alla sussistenza del creditore » può variare tra un minimo e un massimo; con una maggiore elasticità che per l'obbligo legale: ad ogni modo però questo limite di proporzione al bisogno (sia pure inteso con qualche maggior latitudine) non può venir meno, come effetto dell'intento di sostentamento.

Perciò, dato pure che il carattere alimentare della mercede sia accertato, il che non è, quando siamo di fronte a mercedi elevatissime, le quali, per quanto latamente si concepisca il bisogno del creditore della mercede, è indubbio che ne oltrepassano il limite (per es. le mercedi di certi divi del palcoscenico), è chiaro che il carattere alimentare scompare: salvo che lo si voglia contenere nel limite della mercede che non oltrepassa il fabbisogno di sostentamento, ammettendone quindi solo una parziale impignorabilità ²⁾.

Dunque perchè vi sia debito alimentare occorre che esso sia determinato esclusivamente dall'impulso benefico del sostentamento altrui, quando questo impulso sia assolutamente spontaneo, come è pel debito alimentare assunto contrattualmente: diverso è il caso di rendita vitalizia gratuita, o usufrutto pagato dall'erede per obbligo fattogli dal testatore. Ma anche in quest'ultimo caso la costituzione di rendita che sia stata eventualmente concordata tra l'erede e il legatario dovrà necessariamente essere gratuita, così come la costituzione di usufrutto; gratuita tal quale come se vi fosse l'impulso di benefi-

¹⁾ La gratuità, come presupposto del vero credito alimentare, impignorabile, è stata spesso affermata dalla giurisprudenza. Es. App. Genova, 14 febbraio 1902, *Legge*, 1903, 256, a proposito dello stipendio.

²⁾ La cit. Sentenza della Corte di Genova, dopo aver esattamente proclamato che « gli assegni alimentari... hanno per carattere la gratuità e la liberalità » si lascia poi traviare a proposito delle mercedi a operai. Essa distingue le mercedi (dovute a operai e domestici, e costituenti il necessario mezzo di sostentamento per essi e le famiglie) dagli stipendi (anche elevati, superiori al limite di sostentamento). La sentenza appoggia questa distinzione a ciò: che l'art. 591 C. proc. civ. limita il pignoramento degli « stipendi » e pensioni dovute dallo Stato, e invece l'art. 592 esentua totalmente gli assegni alimentari. Va bene: ma le mercedi sono assegni alimentari? Il principio esatto ammesso dalla sentenza lo nega!

cenza assolutamente spontaneo nell'assuntore dell'obbligo alimentare. E questo è ciò che importa. Un obbligo alimentare non lo si saprebbe concepire assunto a titolo oneroso ¹⁾. Questa onerosità sarebbe incompatibile coll'intento primario di sostentamento altrui, che certamente, come intento primario si noti, esiste anche nel caso di costituzione di rendita vitalizia a titolo gratuito contratta dall'erede per obbligo di testamento (ad esempio contenuto in un « *modus* »): qui l'*animus solvendi* è solo intento secondario, benchè pur esso rilevante. È incompatibile, poichè se chi si assume l'obbligo che dovrebbe essere alimentare lo fa a titolo oneroso, lo fa dunque per un primario e prevalente intento egoistico e personale, ciò snaturerebbe completamente il carattere alimentare, cioè di beneficenza, di soccorso al prossimo, che è proprio del debito alimentare. Carattere di altruismo o filantropia in vista del quale unicamente si concepisce che la legge si determini a una deroga così grave alle normali aspettative dei terzi come è la sottrazione del credito alimentare alla garanzia dei terzi.

Il risultato è che per « assegno alimentare » all'art. 592 cod. proc. civ. non possiamo intendere che le obbligazioni assunte a titolo gratuito; e non so capire come il Mortara ²⁾ possa estenderne il concetto anche ai debiti alimentari scendenti da contratti a titolo oneroso. Del resto il carattere gratuito è implicito nella stessa parola « assegno »: con cui si allude abbastanza chiaramente a un'obbligazione, che come obbligazione fondamentale ³⁾ sia l'unica scendente da un contratto, e a carico quindi di uno solo dei contraenti. Insomma una elargizione.

50. Perciò non è possibile attribuire alla mercede la natura di prestazione alimentare, dato appunto il suo carattere di compenso del lavoro, e la onerosità che l'allaccia alla prestazione di lavoro, in vista della quale unicamente il creditore del lavoro si decide al pagamento della mercede. È vero che l'art. 351 della legge sui lavori pubblici non concede ai creditori degli appaltatori di lavori pubblici la sequestrabilità sul prezzo di appalto durante l'esecuzione delle opere. Ma questa insequestrabilità si riconnette non già a un preteso carattere

¹⁾ Questo concetto è stato più volte affermato anche nella giurisprudenza. Appello Genova, 14 febbraio 1902, *Legge*, 1903, 256: « ... non si tratta di assegni alimentari che hanno per carattere la gratuità e la liberalità... »: la quale sentenza però si contraddice poi, col dimenticare la absolutezza di questo carattere, vero sempre, anche per i piccoli salari dei lavori manuali. Cfr. tribunale di Roma, 12 dic. 1904, *Palazzo giust.*, 1905, 89. Cfr. pure REDENTI, in *Rivista di dir. commerciale*, 1906, I, p. 377-378.

²⁾ *Commentario*, V, p. 206. In senso contrario, a ragione, la dottrina prevalente. Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, V, 687.

³⁾ Obblighi secondari possono scendere dal contratto anche a carico del beneficiario, ma solo per determinare, nel suo interesse e anche nell'interesse del debitore come tale, le modalità della prestazione in ordine al raggiungimento del suo scopo (il sostentamento).

alimentare del prezzo (concetto che proprio per gli appaltatori di lavori pubblici avrebbe meno che mai ragione d'essere), ma unicamente all'interesse dell'amministrazione pubblica a che l'opera continui ininterrottamente, e non ne scapiti l'interesse pubblico a cui l'opera risponde. Tant'è vero che il sequestro si dà se « l'autorità amministrativa da cui l'impresa dipende riconosca che il sequestro non possa nuocere all'andamento e alla perfezione dell'opera ». E tant'è vero che, collaudata l'opera, ritorna a galla la piena sequestrabilità delle somme dovute agli appaltatori. Le stesse osservazioni si debbono fare quanto ai salari e agli emolumenti dei marinai, che non possono essere nè ceduti nè sequestrati se non in casi eccezionali determinati dall'art. 545 Cod. comm. Anche qui si capisce che il legislatore si è deciso a rilevare la destinazione alimentare di quei salari (che non sono, si intende, veri crediti alimentari) unicamente per l'interesse che la navigazione non ne abbia a soffrire, con danno dei terzi ¹⁾.

Dunque l'art. 351 non ci offre nessun indice per la tesi della natura alimentare della mercede ²⁾.

Dopo ciò non è più necessario insistere sul concetto dello scopo di sussistenza che ha il salario, dal punto di vista del lavoratore. Nessun dubbio sull'importanza che può avere questo scopo di sussistenza, anche dal punto di vista giuridico, come s'è visto. Ma anzitutto esso non va esagerato sino a farne un elemento caratteristico del contratto di lavoro; infatti in via normale lo troviamo e non solamente in quelle categorie di contratto di lavoro di cui il legislatore si preoccupa di più, prevalentemente lavoro materiale, ma anche in altre. Ma, si noti, si tratta di uno scopo soggettivo al lavoratore che può variare; è un elemento contingente, che non può quindi essere eretto a elemento tipico. Normalmente la mercede, per il lavoratore, è destinata al soddisfacimento dei suoi bisogni. Ma questa espressione è molto lata: possono essere bisogni presenti o futuri, può essere il bisogno di avere di che sfamarsi lì per lì; o l'opportunità di poter provvedere attualmente al superfluo, o in avvenire al necessario: in questi ultimi casi non vi ha più quello scopo di sussistenza attuale che ci interessa dal punto di vista del credito alimentare, e la cui urgenza autorizza l'energico intervento tutelare della legge. Ma vi ha di più: non è escluso che il lavoratore intenda devolvere la mercede a scopi altruistici (è il caso della domestica che invia la mercede integralmente ai genitori).

¹⁾ Così anche il REDENTI, op. cit., p. 382.

²⁾ In fondo laddove il MORTARA, cit., osserva che ogni reddito dell'uomo serve al suo sostentamento, ma che la mercede « non è corrisposta per questo fine, ma ha il carattere dell'assegno » mi pare si sia alluso ai concetti sviluppati nel testo, 25 marzo 1912. DALLOZ, *Rép.*, 1913, 1, 300,

Adunque è certo che lo scopo del sostentamento proprio può mancare: quando un celebre tenore, che già ha ammassato una fortuna, pretenda un compenso per la sua prestazione, nessuno vorrà veder qui uno scopo di sostentamento, eppure vi è indubbiamente contratto di lavoro. Ricordo a questo proposito una sentenza della Cassazione francese ¹⁾, la quale ritenne che non vi era contratto di lavoro nel caso di uno studente di diritto che dava l'opera sua presso un avvocato non per procurarsi i mezzi di sussistenza, ma solo per scopo di tirocinio, e d'altra parte i tenui compensi ricevuti gli erano attribuiti a titolo di mera gratificazione. È evidente che il primo criterio qui addotto (la mancanza dello scopo di sussistenza) è insufficiente, perchè non esclude di per sé la possibilità di un corrispettivo. La sentenza vi accenna per spiegare, assieme al carattere di contratto di tirocinio, la mancanza di una mercede, in luogo della quale non vi sarebbero che gratificazioni. E certo se non intervenisse il carattere di questo contratto come contratto di tirocinio, siffatta conclusione sarebbe esatta: è l'esservi o no un corrispettivo equivalente, non lo scopo di sostentamento che fa il contratto di lavoro. Il male è che nel caso concreto vi era un contratto di tirocinio, un contratto cioè assai più complesso di quanto la Cassazione francese non abbia intraveduto.

Si opporrà che il carattere alimentare non va generalizzato a qualunque mercede, ma in ogni caso solo alle basse mercedi, o meglio a quelle che sono davvero destinate allo scopo dell'immediato sostentamento. Ma anche quando, come è la regola, quello scopo di sostentamento sussista, non vi avrebbe perciò solo, come si è visto, un credito alimentare. Eppure, ciò malgrado, la tesi della mercede come credito alimentare è stata sostenuta largamente: e, come si capisce, appunto perchè si è perso di vista la esatta determinazione del debito alimentare da una parte; della mercede, nella luce del contratto, dall'altra ²⁾. Il Fournière ³⁾, dopo passate brevemente in rassegna le forme di tutela della mercede nella legislazione sociale, a favore dei lavoratori, si domanda: e dopo ciò vi è un credito alimentare meglio

¹⁾ 25 marzo 1912, DALLOZ, *Rép.*, 1912, 1, 300.

²⁾ In questo equivoco è pure caduto il tribunale di Napoli, 30 maggio 1906, *Gazz. procur.*, XXXIV, 339, il quale osserva che la mercede è concessa per servire ai bisogni essenziali della vita « non potendo concepirsi un lavoro coatto ad altrui profitto ». E chi può negarlo? Nessuno può essere costretto a lavorare per altri, salvo che sia preceduto un contratto: quando il lavoro è pattuito dietro pagamento di mercede, questo è il compenso. Il Tribunale allude a ciò, che nessuno è costretto a lavorare gratuitamente per altri: verissimo (salvo quando vi sia mandato), ma da ciò non segue che la mercede sia credito alimentare, o non, piuttosto, compenso di lavoro, principalmente.

³⁾ *Ouvriers et patrons*, p. 160.

qualificato come tale del diritto alla mercede? E ciò per sua natura, aggiunge, non per merito delle leggi; fin da principio si sarebbe dovuto aver presente questo concetto moderno del salario.

Ripeto: nessun dubbio che lo scopo di sostentamento, come abbiám visto, quando sussista rientri pur esso, sebbene in luce più secondaria, nell'ossatura del contratto: il Mortara nega in modo assoluto che quello scopo influisca sulla determinazione della mercede del lavoratore; che « non è misurata secondo il bisogno di chi lo riceve, ma secondo il pregio dell'opera che egli compie, e le leggi economiche generali che regolano il costo del lavoro ». Quanta e quale parte abbia nella determinazione dell'ammontare della mercede il limite minimo del fabbisogno per la sussistenza del lavoratore è problema specialmente economico: e più avanti, a proposito della determinazione quantitativa della mercede, ce ne occuperemo di straforo per quel tanto che interessa la concezione giuridica del cosiddetto « giusto salario » ¹⁾. Ma ad ogni modo l'asserzione del Mortara, vera in parte, è troppo assoluta nell'escludere l'importanza del concorso anche di quel criterio soggettivo al lavoratore. Comunque, dal punto di vista della odierna disciplina del credito alimentare, quale è accolta nel sistema della nostra legge, non possiamo includervi senz'altro le mercedi, sia pure i salari di fame: per quanto importante sia, anche giuridicamente, lo scopo di sostentamento, questa non è la funzione primaria della mercede, che è compenso del lavoro, soprattutto, e solo subordinatamente a ciò mezzo di sostentamento del lavoratore, così come spesa od onere del creditore del lavoro ²⁾.

¹⁾ Viceversa il BRUGI ritiene che la mercede « si dovrà proporzionare ai bisogni della vita dell'operaio » (*Rivista di dir. comm.*, 1909, II, 399); il salario è quindi l'unico mezzo di sostentamento operaio, e quindi « acquista per così dire ai nostri occhi un carattere alimentare ». Sì, in senso molto lato e improprio; no, se il BRUGI (ciò che non mi pare) allude al vero e tipico credito alimentare. In realtà il BRUGI, pagina 402, esalta il carattere alimentare in vista di una possibile estensione legislativa dell'insequestrabilità. E entro questi limiti possiamo essere d'accordo.

²⁾ Il concetto di « credito alimentare » è stato autorevolmente sostenuto per la remunerazione dovuta agli impiegati pubblici dello Stato o altri Enti antarchici. Così il LABAND, *Staatsrecht d. deutschen Reichs*, I, p. 469; JELLINEK, *Sistema dei dir. pubbl. sogg.* (Milano, 1912), p. 199. Che questa pretesa alla mercede abbia carattere di diritto pubblico è verissimo (e lo vedremo a suo luogo); che lo Stato abbia interesse a che gli impiegati conservino il decoro del loro grado è verissimo: che questo sia un punto di vista influente, sì, ma, per le ragioni esposte nel testo, non è che una mera illusione, una cecità economica il disconoscimento del rapporto di scambio, quindi del carattere di retribuzione di quello stipendio. (Si intende che lasciamo impregiudicata la questione se proprio scambio nel senso tecnico della parola sussista). Vedremo però a proposito delle opere liberali quanto questo concetto fosse un tempo diffuso, su ciò ancora appr. al n. 143.

Fu assegnato invece carattere di credito alimentare all'indennità per infortunio ¹⁾, ciò che appare, almeno a prima vista, evidentemente in armonia coll'art. 16, testo unico infortuni sul lavoro 31 gennaio 1904, che proclama l'incensurabilità, impignorabilità, ecc. del credito dell'indennità e della rendita. La questione qui non ci può direttamente interessare se non per l'ipotesi, già esaminata (n. 47), di indennità a carico dell'industriale, nel caso di cui all'art. 21 legge cit. Concependo, col Carnelutti ²⁾, l'obbligo dell'assicurazione a carico del creditore delle opere come una parte della mercede, ciò che sopra abbiamo ammesso in massima ³⁾, pur riconosciuto che l'obbligo dell'assicurazione non è l'indennità, si può concludere, come già abbiám fatto, nel senso che l'indennità cui l'industriale sia tenuto, pur facendo parte in senso lato della retribuzione, ha una fisionomia propria, in quanto in essa acquista uno specialissimo risalto lo scopo soggettivo di sostentamento, che come tale è rilevato e in ispecial modo tutelato dalla legge. Insomma questa indennità è veramente un supplemento di mercede tutelato come vero credito alimentare. Ad ogni modo questo è un caso a sè, non suscettibile di estensione. Qui ho ricordato questo caso per chiarire col suo confronto la verità di quanto si asserisce, e cioè che normalmente la mercede non ha affatto carattere giuridico di « credito alimentare », nel senso voluto, perchè possa condurre all'impignorabilità, incensurabilità, ecc., così come, a mio avviso, l'ha (eccezionalmente, nel nostro sistema legislativo) l'indennità per infortunio di cui all'art. 21. Questa, ripeto, è corrisposta a titolo oneroso: la prestazione del lavoro è la causa e la ragione che la determina.

Certo, a tutta prima riesce alquanto ostico il concetto di una indennità per infortunio concepita come parte della mercede: ma la stessa difficoltà dovrebbe nascere per ammettere la stessa cosa delle indennità di residenza, ecc. Si noti che il rapporto tra quell'indennità e i danni effettivamente subiti dal lavoratore in seguito all'infortunio varia secondo che l'indennità sia disciplinata dal diritto comune (art. 22) o dalla legge sugli infortuni (art. 21). Quando sia in applicazione l'art. 21 il concetto di un risarcimento puro e semplice del danno è già per sè attenuato dal fatto che, come fu già rilevato, questa indennità è inferiore, forse, al minimo dei bisogni dell'operaio colpito, non riferendosi a tutti integralmente i danni effettivamente risentiti dall'operaio.

Vi è un altro tipo di assegno ⁴⁾ patrimoniale al debitore del lavoro, che ha stretto e autentico carattere alimentare, ma appunto per ciò

¹⁾ Cass. Roma, 17 maggio 1907, *Foro*, 1907, I, 1378.

²⁾ *Studi sugli infortuni*, op. e l. cit.

³⁾ Cfr. sopra, p. 126-127.

⁴⁾ La parola « assegno » è preferibilmente usata per indicare l'attribuzione *ad*

esce dalla categoria della mercede o retribuzione del lavoro. L'art. 53 del regolamento generale per l'esecuzione del testo unico sullo stato degli impiegati civili (24 novembre 1908, n. 756) stabilisce che « alla famiglia dell'impiegato sospeso in uno dei casi... può essere concesso un assegno alimentare in misura non superiore al terzo dello stipendio di cui l'impiegato è fornito ». Il carattere alimentare è qui proclamato dalla legge, e del resto anche se la legge non l'avesse direttamente enunciato sarebbe risultato senz'altro. Qui manca, infatti, la corrispettività. Infatti l'impiegato può essere sospeso o solo dallo stipendio oppure dal grado e dallo stipendio (art. 49 testo unico citato, 12 novembre 1908, n. 693). Nel primo caso non è esonerato dall'obbligo della prestazione del lavoro: che viene quindi prestato senza corrispettivo. Nel secondo vi è l'esonero da quell'obbligo, ciò che costituisce indubbiamente un aggravio a carico dell'impiegato, che perde con ciò l'anzianità per tutto il tempo per cui dura l'esonero dal servizio a cui l'anzianità è collegata. Ora, in tutti e due i casi una mercede manca, vi sia o no la prestazione di lavoro; e perciò l'assegno ha carattere autonomo, non è collegato da un nesso di interdipendenza, neppure nel primo caso. Del resto ciò è tanto vero che l'art. 53 regol. citato attribuisce l'assegno alla famiglia, non già all'impiegato stesso. Anche qui, come per l'indennità alle vittime di infortunio, abbiamo un riferimento allo stipendio solo per ciò che concerne l'ammontare del soccorso.

Veramente qualche dubbio può sollevare l'argomento ora proposto dell'assegno alla famiglia e non all'impiegato. E se l'impiegato è celibe? A fil di logica si dovrebbe dire: in tal caso viene meno qualunque diritto ad un assegno alimentare, che il regolamento attribuisce alla famiglia, cioè ai terzi che coll'impiegato convivono, e che non è equo abbiano a risentire in tutta la loro durezza le conseguenze delle colpe attribuite o sospettate all'impiegato. Il Consiglio di Stato però ¹⁾ decise che l'assegno spetta anche all'impiegato celibe; decisione certo improntata a un simpatico senso di benevolenza. Ma, posta anche l'esattezza di questa interpretazione, ci si ripropone il dubbio, pel caso di sospensione puramente dallo stipendio. Il soccorso all'impiegato celibe non entra in tal caso in un rapporto di connessione col lavoro prestato? Non è una retribuzione ridotta al limite minimo del sostentamento? E non vi è allora una contraddizione col concetto informatore della punizione, di sopprimere la retribuzione del lavoro?

personam di una somma, o la sua attribuzione una volta tanto o in via straordinaria, ma non necessariamente in corrispettivo del lavoro prestato. L'art. 1 della legge sulla impignorabilità delle mercedi discorre, tra i vari proventi del lavoro, anche dell'assegno, differenziandolo dallo stipendio o mercede fissa. Ciò si rileva meglio negli art. 2 seg. del relativo regolamento.

¹⁾ Parere 17 marzo 1911, in *Contratto di lavoro*, 1912, 16.

Il dubbio, a mio sommessso avviso, è perfettamente proponibile, ma mi pare preferibile la negativa. Quando l'impiegato è in servizio, e gli si paga una somma per i suoi bisogni alimentari, non è vero che si faccia in fondo nè più nè meno di quanto suol fare il creditore del lavoro che paga la mercede. Perchè abbiamo constatato sopra come il punto di vista fondamentale da cui il creditore del lavoro apprezza la mercede è quello di una spesa per la retribuzione del lavoro. Questa impronta contrattuale manca nell'assegno alimentare; non sussiste se non l'esclusivo punto di vista del lavoratore, che è per lo più comune anche all'altro contraente, come s'è visto (il sostentamento del lavoratore), ma solo in modo mediato o indiretto ¹⁾. In realtà la natura dell'assegno è sempre eguale, resti o no l'impiegato in servizio: se resta in servizio, vuol dire che è autonomo affatto, indipendente dalla prestazione di lavoro.

Piuttosto non mi pare che il Consiglio di Stato abbia giustificato la sua decisione. La quale argomenta da ciò: che l'art. 52 testo unico contiene espressa menzione dell'attribuzione dell'assegno alla famiglia solo pel caso in cui l'impiegato sia stato condannato a pena restrittiva della libertà personale; se tace per gli altri casi vuol dunque dire che l'assegno in questi altri casi possa attribuirsi direttamente all'impiegato. Ma il ragionamento è monco: bisognava dimostrare che la regola è data appunto dalla prestazione degli alimenti all'impiegato; ciò parrebbe equo, ma l'art. 53 del regolamento, che generalizza il principio dell'attribuzione alla famiglia ci lascia alquanto perplessi, potendo anche un regolamento contenere, se non un'interpretazione autentica, un non disprezzabile indice interpretativo.

51. Non sarà male poi richiamare la luce singolare che questo concetto della mercede, come debito alimentare nel sistema del diritto comune, proietterebbe sulle leggi che determinano l'insequestrabilità dei salari per certe categorie di lavoratori (dipendenti dallo Stato). Se fosse attendibile quel concetto queste leggi avrebbero un carattere odioso: di leggi rivolte contro le classi lavoratrici. Infatti esse diminuirebbero la portata di quella massima, limitando la insequestrabilità solo a una parte della mercede (di un terzo, o di un quinto secondo i casi, art. 2. legge 2 luglio 1908, n. 335). Mentre il vero è che questa legge è ispirata ad un criterio di tutela dei lavoratori, come lo prova la larga ed enfatica espressione dell'art. 1 di detta legge. La ragione sostanziale di questa legge è tutta nella necessità di assicurare il sostentamento agli impiegati ²⁾. Ma questo non è tutto. È evidente

¹⁾ L'attribuzione di questo soccorso all'impiegato proverebbe ancora una volta che al creditore può, indipendentemente da una retribuzione effettiva del lavoro, interessare il sostentamento di chi potrà rendergli buoni servizi.

²⁾ Noto che la giurisprudenza non si è limitata a invocare il carattere pura-

che se questa unicamente fosse stata la ragione della provvidenza legislativa non se ne capirebbe la limitazione agli impiegati dai dipendenti dallo Stato, e dalle altre amministrazioni e istituti elencati nell'art. 1 della legge succitata. Infatti la legge si è determinata a limitare la pignorabilità, sequestrabilità e cedibilità degli stipendi solo nei casi in cui il garantito sostentamento dei lavoratori è di speciale importanza per la continuità e il rendimento del lavoro che debbono dare nell'interesse delle pubbliche amministrazioni. Dove si vede come anche il punto di vista soggettivo del debitore del lavoro possa assumere un'importanza non piccola come elemento disciplinatore dei rapporti tra chi dà e chi riceve il lavoro.

Dunque vi è, bensì, riguardo allo scopo alimentare della mercede: ma la successiva limitazione dimostra a chiare note che non si è inteso attuare per sè solo questo scopo, ma, e soprattutto, assicurare la continuità dei servizi pubblici. Fu anzi sostenuto « che non è in riguardo a contemplazione della persona dell'impiegato che il suo stipendio viene dichiarato impignorabile » ma per « una ben più alta considerazione d'ordine pubblico e d'interesse sociale... »¹⁾; nel che vi ha l'esagerazione di una verità, ma che dimostra come la legge non abbia già inteso far appello a una pretesa natura alimentare (sempre, ripeto, nel sistema del diritto costituito) della mercede, ma di proclamare l'impignorabilità, ecc., per ragioni obbiettive differenti dal sostentamento in sè.

Ciò prova che l'applicazione di questa legge non è affatto estensibile a casi analoghi, benchè sia in sè suscettibile d'interpretazione estensiva come sviluppo delle norme limitatamente ai casi cui si riferisce. La ragione determinante quella legge è nettamente limitata ai servizi pubblici e alla pubblica amministrazione; all'infuori di questi deve riprendere vigore il principio, informato all'autonomia individuale, della libera disponibilità della mercede. Del resto se anche la ragione della legge fosse stata unicamente il sostentamento per sè stesso di chi dà il suo lavoro alle pubbliche amministrazioni, non è ben certo che la conclusione sarebbe stata favorevole all'estensione analogica. La Cassazione romana sopra citata²⁾, negando che questa ragione fosse quella che ha determinato la legge, ritiene a ragione che in caso diverso vi sarebbe un privilegio a favore di una categoria di lavoratori, e quindi la sua non estensibilità: e ciò nega.

mente alimentare della retribuzione, ma si è afferrata anche ad altri mezzi, per giungere al risultato di tutelare la classe lavoratrice coll'ammettere l'insequestrabilità del salario. Ma l'esame di questi mezzi ci interesserà laddove discorreremo *ex professo* della esecuzione forzata sulle mercedi.

¹⁾ Cassazione Palermo, 5 novembre 1910, *Foro it.*, 1911, I, 238.

²⁾ Cass. Roma, 26 giugno 1900, *Foro ital.*, 1900, I, 1180.

In conclusione: non si potrà limitare la pignorabilità o cedibilità o sequestrabilità delle mercedi nei casi non contemplati dalla legge del 1908: cioè per il lavoro a privati, o a istituti pubblici non elencati nell'articolo. Non servirebbe opporre l'immoralità di un atto odioso che mette un lavoratore nell'impossibilità di nutrire sè e la sua famiglia ¹⁾. È questo uno dei casi in cui il diritto è proprio una linea rigida e rettilinea, che non si presta ad un adattamento equitativo, dato il non ampio campo di applicazione dell'art. 1124. Questo si riferisce solo a situazioni contrattuali. Ora, è ben difficile che il creditore del lavoro (che ha a suo favore la ritenuta del salario) proceda ad atti esecutivi o conservativi sulle mercedi già riscosse; per la difficoltà pratica di attuare l'intento e per l'interesse che egli ha, se il contratto vive ancora, a che il lavoratore sia in grado di dargli lavoro utile.

CAPO QUARTO.

IL RAPPORTO DI ONEROSITÀ TRA IL LAVORO E LA MERCEDE.

§ 1. — *I due concetti dell'onerosità e della bilateralità rispetto al contratto di lavoro.*

SOMMARIO. — 52. Il nesso di subordinazione tra lavoro e mercede. — 53. Il concetto dell'« onerosità ». — 54. E della commutatività. — 55. Piano della trattazione.

52. — Fin qui abbiamo esaminato i due elementi fondamentali del contratto di lavoro: il lavoro e la sua retribuzione. Ora dobbiamo indagare il collegamento tra questi due elementi. Che essi sussistano, infatti, non dà nessuna luce sulla natura del nesso che li può collegare. Questo nesso può essere vario. Può andare da un massimo grado di subordinazione, qual'è quello che troviamo nella sinallagmaticità, a un grado minore: ad es. al semplice nesso causale che permette una relativa autonomia dei due termini.

Diciamo subito che il lavoro e la mercede sono avvinti da quel massimo nesso di reciproca subordinazione che è dato dalla onerosità del contratto, che è la fonte comune a cui lavoro e mercede sono ricollegati. Chi dà il lavoro lo fa per avere un'equivalente mercede; chi dà la mercede lo fa per avere equivalente lavoro. Non sono due

¹⁾ Lo STADTHAGEN, *Das Arbeiterrecht*, p. 135, ritiene ciò illecito, perchè contro i buoni costumi.

fenomeni autonomi; ma strettamente avvinti l'uno all'altro così come unica è la fonte da cui derivano: il contratto. Questo nesso di subordinazione è intensificato infatti dalla stretta equivalenza dei due termini. Secondo l'art. 1570 col contratto di lavoro « una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede ». « Mediante » allude a ciò: che il mezzo per ottenere il lavoro è appunto la mercede. E niente altro che questo. Nessun impulso d'altro genere muove chi promette il lavoro, obbligandosi, se non quello di ottenere una mercede.

È la struttura del contratto a titolo oneroso. Secondo l'art. 1101 « è a titolo oneroso quel contratto nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio ». Mi affretto ad avvertire che non mi propongo qui di studiare questo concetto dell'equivalenza. Certo, esso è essenzialissimo per quello di onerosità: onerosità non è, ripeto, che nesso di equivalenza. Ma questo concetto presuppone che si discorra della formazione dell'ammontare della mercede, perchè nel contratto di lavoro assume una pratica importanza specialmente dal punto di vista della mercede: debbo quindi rinviare a quando ci occuperemo della mercede considerata nella sua determinazione quantitativa. Mi basta qui osservare che da quanto già si è visto sullo scambio, come lotta di egoismi, deriva già senz'altro che l'equivalenza non va considerata come fenomeno di proporzionalità oggettiva, ma di apprezzamento soggettivo. Osservo questo per accennare già qui a una naturale confutazione dell'asserto del Perrean ¹⁾: che nel contratto di lavoro manchi la commutatività (o onerosità, come l'intende il Perrean) perchè in realtà il lavoratore non riconosce l'equivalenza tra il lavoro e la mercede. È argomento su cui ritorneremo: ma già qui si capisce che ammessa l'equivalenza come fenomeno soggettivo vien meno una delle basi a quell'asserto.

53. Fin qui nessun dubbio. I dubbi però cominciano a sorgere quando si tratta di determinare ulteriormente questo concetto di onerosità. E si badi: questo non è argomento che abbia un'importanza meramente teoretica: perchè si tratta appunto di sapere se una quantità di rapporti giuridici, in cui troviamo il lavoro e la sua retribuzione, sia compresa nel territorio del contratto di lavoro.

L'onerosità è stata variamente concepita. Alcuni l'hanno senz'altro identificata colla equivalenza a base di scambio: l'equivalenza delle prestazioni, si è detto, è elemento tipico che caratterizza l'onerosità; ora l'equivalenza presuppone necessariamente lo scambio di due prestazioni. Così per Endemann ²⁾ i contratti bilaterali, cioè quelli che

¹⁾ *La convention collective de travail* (1913), p. 4.

²⁾ *Einführung*, ecc., I, § 124.

noi chiamiamo contratti a titolo oneroso, consistono nello « scambio di due promesse di prestazione, cosicchè ogni contraente è contemporaneamente debitore e creditore, e ogni prestazione è equivalente della controprestazione ». E così per altri: ogni prestazione è lo scopo cui mira l'altro contraente.

Di fronte a questa opinione, che si appoggia con molta apparenza di fondamento sul significato economico della parola « equivalenti », sta l'altra, che è di gran lunga prevalente nella dottrina italiana, per cui l'onerosità non presuppone necessariamente lo scambio: che un contraente intenda mediante equivalente procurarsi un vantaggio si intende in un senso più lato. In realtà o si intende procacciarsi un vantaggio senza impiegare uno sforzo, senza sobbarcarsi a un sacrificio: ed ecco la gratuità. Oppure si intende procurarselo col sobbarcarsi a uno sforzo, a una pena, a un sacrificio. Quando la intensità di questo sacrificio sia tale agli occhi di chi vi si sobbarca, da ritenere che sia adeguatamente compensato dal vantaggio cui mira, allora vi ha equivalenza. Secondo l'apprezzamento soggettivo del contraente vale insomma la pena di subire quello sforzo per ottenere quel vantaggio.

Ora, qui si possono dare due ipotesi. O il primo contraente attua lo sforzo nella esclusiva direzione dell'altro contraente (perchè questi abbia a ricavarne un vantaggio per sè), e riceve il vantaggio interamente da lui, il che vuol dire che l'altro contraente a sua volta dirigerà lo sforzo interamente verso il primo contraente. Qui vi è il fenomeno dello scambio: è l'onerosità quale si rivela nei contratti a base di scambio (compra-vendita, locazione di cosa, ecc.)¹). Oppure non dirige lo sforzo verso l'altro contraente, ma verso una meta a cui pure tende lo sforzo dell'altro contraente, una meta, uno scopo comuni; per modo che dalla associazione dei due sforzi nascerà un vantaggio che i due contraenti si divideranno. E questo è il tipo associativo (contratto di società, di associazione, di colonia parziaria, ecc.). Che anche in questa seconda ipotesi vi sia onerosità non è dubbio²): qui ogni associato mira a procurarsi un vantaggio (lo scopo ultimo nei contratti a tipo associativo non è sempre uno scopo egoistico; ma

¹) Concorde il VALENTI, *Principi di scienza economica*, p. 245, nota.

²) OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, p. 80; IHERING, *Zweck in Recht*, pag. 125. Io credo d'altronde che il contratto a struttura associativa, in quanto le parti abbiano determinati obblighi reciproci, sia anche bilaterale. Ad ogni modo qui non vi è una prestazione fatta dall'una all'altra parte, e una controprestazione in senso inverso (cfr. SCHREIBER, *Jahrbuch* di IHERING, LX, p. 188). La prestazione è, in un certo senso, fatta al patrimonio comune o meglio a sè e agli altri soci, cioè verso quella che è la meta comune dei contributi di ognuno. È a torto quindi che, ad esempio, il KOHLER (*Gesammelte Abhandlungen*, 1883, p. 439) definisce la società un « contratto mirante a una prestazione e a una controprestazione ».

lo è sempre quando vi sia uno scopo lucrativo, quello che noi qui presupponiamo) mediante un proprio contributo, una collaborazione che è sempre un onere. L'apprezzamento dell'equivalenza vi è anche qui: ogni contraente si assume di vincolarsi in società solo quando il guadagno sperato, e ritenuto probabile, compensi il sacrificio assunto per modo che sia più conveniente stipulare questo contratto al non stipularlo ⁴⁾; l'aleatorietà del guadagno è conciliabile coll'equivalenza dei contratti a titolo oneroso.

54. Il contratto di lavoro appartiene alla categoria dei contratti a titolo oneroso a base di scambio. E, si noti, l'elemento tipicamente differenziale che lo stacca dai contratti onerosi a struttura associativa è appunto la comunione della meta verso cui convergono i sacrifici, o gli oneri delle parti: questo solamente. Il che fu plasticamente raffigurato con ciò: che nella prima categoria i contraenti stanno l'uno di fronte all'altro; nella seconda invece stanno l'uno accanto all'altro.

L'elemento differenziale non va invece trovato nell'aleatorietà del guadagno. Poichè il contratto di lavoro non è necessariamente commutativo.

Su questo punto basterà brevemente osservare che « commutativo » non ha un proprio significato assolutamente determinato nella dottrina, come lo è quello dell'« onerosità ». Per alcuni sarebbe addirittura un sinonimo di quest'ultima. Ma forse nell'accezione dei più, è in antitesi con « aleatorio ». Il contratto a titolo oneroso può essere commutativo o aleatorio a seconda che l'onere e rispettivamente il vantaggio per ognuna delle parti siano determinati quantitativamente, oppure « per ambedue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipenda da un avvenimento incerto » (art. 1102).

Ora, affermata l'onerosità tipica del contratto di lavoro, sorge il dubbio se possa non essere commutativo. E la risposta è indubbiamente affermativa, una volta ammesso, come è naturale, che l'enumerazione di cui all'art. 1102 non è tassativa.

Premetto che l'alea colpisce, quando vi è, solo la posizione del lavoratore, in quanto elementi vari più o meno accidentali possono mutare il rapporto tra l'onere rappresentato dalla prestazione di lavoro e il vantaggio dato dalla retribuzione: ciò avviene quando elementi ignoti nel momento in cui il contratto è stipulato, e in cui è stabilito il rapporto tra le due prestazioni, avvenimenti quindi incerti ai sensi dell'art. 1102, rendano più gravosa la prestazione di lavoro.

⁴⁾ Cfr. le mie *Istituzioni di dir. civ.* (1914), p. 401 (§ 108). Equivalenza, cioè onerosità, non è che un rapporto di equilibrio tra un vantaggio sperato e l'onere assunto per arrivarvi; ora è evidente che questo onere può essere tanto una prestazione in regime di scambio, quanto una cooperazione in regime di associazione.

L'ipotesi inversa non si dà di regola: la mercede è come onere facilmente determinabile sin da principio, a differenza di certe prestazioni di lavoro. Certo, che un improvviso rovescio di fortuna abbia a rendere assai più gravoso il pagamento di una mercede non imprime carattere di aleatorietà: in tal caso tutti i contratti a titolo oneroso sarebbero aleatori. L'alea non si dà nella posizione del creditore del lavoro, perchè, soprattutto, si può facilmente determinare il rapporto tra la mercede, come onere, e la prestazione di lavoro nell'utilità sua per il contraente cui è destinata. Vi è tuttavia una categoria di contratti di lavoro, quelli di lavoro a tempo, in cui la mercede è proporzionata alla durata della prestazione di lavoro, non, come nel cottimo, al suo utile risultato. Ora, come vedremo, qui vi è un concetto di *forfait*, in quanto si conosce solo approssimativamente il rendimento utile del lavoro la cui determinazione quantitativa è collegata solo al tempo, e non anche all'intensiva ed effettiva produzione di lavoro per ogni unità di tempo. È però un'alea molto limitata, e corretta variamente per modo da ridurre a cosa minima il rischio per il creditore del lavoro; un'alea che rientra, ad ogni modo, solo in senso molto lato in quella che è determinata dall'art. 1102.

Venendo ora alla posizione del debitore del lavoro, nei contratti di lavoro subordinato (cioè di locazione d'opere) l'aleatorietà non si verifica. È preoccupazione dei lavoratori che si limitano a porre le proprie energie di lavoro a disposizione di altri, di eliminare per quanto è possibile ogni incertezza circa il rapporto tra lavoro e mercede. Le lotte collettive tra capitale e lavoro, e soprattutto i concordati collettivi di lavoro, e in genere la politica economica delle coalizioni operaie mirano appunto a migliorare le condizioni del lavoratore anche nel senso di eliminare ogni incertezza circa il rapporto tra mercede e lavoro. E d'altronde è anche nota l'avversione del lavoratore per tutte quelle forme contrattuali che, sostituendosi al salariato, gli accollano una parte dei rischi della produzione. È quanto vedremo nel paragrafo seguente.

La cosa è invece molto diversa per il contratto di lavoro autonomo. Come a suo tempo vedremo qui vi ha l'assunzione per parte del lavoratore del rischio del lavoro che egli dirige da sé, secondo i propri criteri. Dal grosso appalto al modesto artigianato vi ha sempre il concetto fondamentale dell'«impresa», che consente l'accollo a proprio rischio di tutti quegli eventi incerti, perchè non tutti prevedibili, che possono alterare anche notevolmente il rapporto tra il lavoro e la retribuzione, in quanto abbiano a rendere più onerosa del previsto la prestazione di lavoro, e quindi meno remunerativa la mercede determinata in base al risultato utile. Questa è vera aleatorietà, a sensi dell'art. 1102; nella trattazione che segue ci verrà fatto di esaminarla dettagliatamente.

55. Da quanto è stato detto sin qui rimane chiarito come il contratto di lavoro debba esser tenuto distinto: a) in primo luogo dai contratti da cui scende un rapporto complesso in cui pure troviamo una prestazione di lavoro fatta per conseguire un guadagno; ma non in relazione di scambio, ma a struttura associativa; b) in secondo luogo dai contratti in cui non vi è che prestazione di lavoro; cioè manca il carattere associativo, e anche uno scambio tra lavoro e mercede. Dell'uno e dell'altro diremo nei paragrafi che seguono (§§ 2, 4). Ci imbattemmo anche in un gruppo di rapporti pei quali fu contestato un tempo, a torto, il carattere oneroso, e quindi la qualità di vero contratto di lavoro (§ 3).

Naturalmente, una volta lumeggiato questo nesso di onerosità che crea una reciproca subordinazione tra i due elementi: il lavoro e il prezzo, non abbiamo con ciò chiarito ancora la natura del mezzo giuridico onde questo nesso di onerosità è stato attuato. Ma l'indagine relativa formerà l'argomento del capitolo che segue.

§ 2. — *Il lavoro nello scambio e nell'associazione. Forme partecipative che non esorbitano dallo scambio.*

SOMMARIO. — 56. Il concetto dello scambio e quello della cooperazione da un punto di vista economico-giuridico. — 57. Importanza giuridica di questa distinzione. — 58. Come quell'antitesi sia stata disconosciuta, o coll'avvicinare l'associazione allo scambio, — 59. o coll'avvicinare lo scambio all'associazione. — 60. In specie la teoria dello Chatelain. — 61. L'antitesi fondamentale tra i due fenomeni. — 62. Casi in cui il guadagno del lavoratore è in correlazione col prodotto del lavoro o col risultato dell'azienda. Come normalmente l'attuazione dello scopo cui mira il creditore del lavoro non influisca sul contratto di lavoro. — 63. L'art. 535 Cod. comm. — 64. Parziali attenuazioni di quel principio. — 65. Fin dove non urtano contro il tipo locativo. — 66. La provvigione del viaggiatore di commercio. — 67. E del commissionario. — 68. L'art. 86, Cod. comm. I salari a tipo progressivo.

56. E la mancanza del fenomeno giuridico economico dello « scambio » che distingue il contratto di lavoro dal rapporto a struttura associativa tra due (o anche più) persone, in cui pure vi è uno delle due parti che dà il lavoro, non per impulso altruistico, ma per averne un guadagno, mentre l'altra parte dà il capitale. Scambio ed associazione ¹⁾: ecco due tipi fondamentali e radicalmente divergenti di fenomeni coi quali si attuano i benefici effetti della cooperazione (in

¹⁾ IANACCONE (v. *Contratto di lavoro* in *Encicl. giurid.*, n. 6 sg., spec. n. 12) contrappone prestazione di lavoro in un'impresa a signoria (cioè contratto di lavoro subordinato) e in un'impresa cooperativa. Il concetto mio è più ampio, come più ampia è la portata da me attribuita al contratto di lavoro.

senso lato) del lavoro col capitale, pel raggiungimento di un dato risultato ¹⁾.

Dove vi è scambio abbiamo due posizioni che si trovano di fronte l'una all'altra in situazione antitetica, e con atteggiamento ostile, in quanto ognuno dei contraenti persegue un intento proprio. L'uno (il creditore del lavoro) non mira, colla cooperazione di lavoro e capitale, che a raggiungere un utile (produzione o servizio) esclusivamente proprio: abbiamo visto a suo tempo che nel contratto di lavoro il lavoro è destinato a raggiungere uno scopo immediato non proprio di chi presta lavoro, ma esclusivamente proprio (in via normale) di chi lo riceve. L'altra parte non mira per conto suo che a guadagnare una mercede con cui per lo più sostentarsi; lo scopo cui il lavoro deve direttamente servire le è affatto estraneo, così come affatto estraneo al creditore del lavoro è, fino a un certo punto, lo scopo (normalmente di sostentamento) cui deve servire al lavoratore la mercede. Naturalmente questa indifferenza ed estraneità reciproca sappiamo (e lo vedremo ancor meglio più avanti) che non è assoluta; abbiám già visto che in realtà, come per lo più il lavoratore non può non preoccuparsi e interessarsi dello scopo che chi lo paga si propone di raggiungere, per ciò che riguarda il modo di adempimento della prestazione di lavoro, così di solito neppure il creditore del lavoro può disinteressarsi di una mercede insufficiente, in realtà, a mantenere chi lavora in forze per essere idoneo a un utile successivo lavoro ²⁾. Ciò però non toglie che in realtà sussista tra le due parti uno stato di antagonismo: dato appunto da ciò che l'impulso che muove ognuna di esse è veramente egoistico. Lo scambio dunque, così inteso, tende ad essere un fenomeno a base individualistica; dico « tende » perchè quando nello scambio non vi è più l'individuo contro l'individuo ma il gruppo contro il gruppo, la classe contro la classe (concordati di lavoro, contratti collettivi di lavoro), lo scambio diventa antagonismo di classi; ma sempre antagonismo, lotta, tendenza a sopraffarsi l'un l'altro. E qui il più forte assorbe o schiaccia, per conseguenza, il debole.

Vi è qui una cooperazione di capitale e lavoro? Indubbiamente; lo scambio non è che intesa, cioè il punto morto tra le due curve della domanda e dell'offerta, un armistizio o meglio la pace provvisoria (*pac-tum* !) tra i due rivali, ognuno dei quali trova il proprio tornaconto a collaborare assieme, pur conservando sempre la posizione l'uno « di fronte » all'altro.

Ben diversa è la situazione nella cooperazione di capitale e lavoro a base associativa (la cooperazione). Qui non più due parti

¹⁾ Sulla portata sociologica della distinzione tra rapporti di scambio e rapporti associativi, cfr. specialmente *IHERING, Zweck in Recht*, p. 213 sg.

²⁾ Cfr. *COSSA E., Conflitti ed alleanze tra capitale e lavoro*, p. 20.

l'una di fronte all'altra, ma, l'una accanto all'altra. Intendiamoci: in realtà ognuno persegue un proprio egoistico intento anche qui, il massimo possibile guadagno per sè; ciò è vero qui ¹⁾, come nello scambio ²⁾. Ma diverso è il mezzo per attuare questo intento. Il mezzo qui è dato da ciò, che chi dà il proprio lavoro (il problema naturalmente ci interessa da questo punto di vista del lavoro: ma l'osservazione ha carattere generale) non si mantiene estraneo allo scopo cui il connubio di lavoro e capitale deve servire; questo scopo è anche scopo suo. Non più, dunque, l'elemento caratteristico e tipicamente differenziale del lavoro per altrui utilità, come nel contratto di lavoro, che è a base di scambio: ma il lavoro per utilità altrui e propria, cioè per uno scopo collettivo, sociale. L'affare, a cui il lavoro è destinato, non è affare puramente di colui cui deve essere prestato il lavoro, ma affare di tutte e due le parti. E la conseguenza è che anche i rischi dell'affare sono comuni: così il guadagno come le perdite eventuali vanno distribuite tra le parti, in proporzione varia, normalmente commisurata al contributo di ognuno ³⁾.

Non più dunque un radicale antagonismo tra le parti ⁴⁾, non quella vera « pace armata » con cui può essere, a mio avviso, definito il contratto di lavoro, in cui le parti depongono le armi, in virtù dell'accordo, ma conservando posizione l'una di fronte all'altra, e colle

¹⁾ Anche l'associazione, così come lo scambio, e nella stessa misura, non è che attuazione della legge del minimo mezzo. VALENTI, *Principi della scienza economica*, p. 225. È curioso come da qualche giurista, deciso oppositore del tipo associativo in certi rapporti (come ad es. nella colonia parziaria) questa verità così elementare sia stata fraintesa. Lo ZOBKOW, *Die Theilpacht nach romisch. und oesterreich. Recht*, p. 56, nega che nella colonia vi sia identità di scopi, e quindi eguaglianza di interessi perchè le parti si cercano a vicenda. Se l'uno ha bisogno dell'altro segno è che differente è in essi lo scopo: ognuno ha bisogno dell'altro, e con ciò si attua lo scambio dei beni. In contrario basterà osservare che quando un individuo ha bisogno di un altro per il soddisfacimento dei bisogni suoi, può ricorrere allo scambio e all'associazione; che anche in questa gli scopi ultimi sono egoistici, ma non perciò vi è scambio.

²⁾ Nello stesso modo come, viceversa, nel contratto di lavoro, malgrado lo scambio, si verifica un cointeressamento delle due parti al medesimo fatto: la prestazione di lavoro. Ma questa apparente fusione di scopi non elimina la fondamentale antitesi. Cfr. LOTMAR, cit., I, p. 39.

³⁾ Letteralmente la divisione degli utili dovrebbe condurre alla divisione in natura del prodotto. Forse è perciò che il GILMAN (*Profit sharing between employer and employed*, Boston, 1889, n. 33, cit. dal DELLA VOLTA, *Forme dei salari*, p. 63) distingue salario da partecipazione perchè il primo è in denaro, il secondo in natura. Il che evidentemente è un criterio superficiale ed erroneo, potendo essere il viceversa. Con noi circa il criterio differenziale sostanziale è il DELLA VOLTA, op. e l. cit.

⁴⁾ Cfr. PIC, in *Revue d'Econ. polit.*, 1907, p. 37. Anche LOTMAR, cit., p. 40, nota 3; la società mira non a uno scambio, ma ad una unione di prestazioni.

armi al piede. Invece due persone che l'una accanto all'altra, l'una a braccio dell'altra, di conserva mirano a raggiungere una determinata meta comune. Questo atteggiamento esclude, per necessità, o dovrebbe normalmente escludere le idee di una pace armata. Qui è vera concordia, qui è il fascio di forze parallele, affratellate ¹⁾ verso un punto comune: concordia che, naturalmente, non elimina la necessità e la possibilità che ognuna delle parti sorvegli l'altra, perchè eguale sia il passo, eguale e conforme a contratto il contributo di ognuno nella comune collaborazione.

A differenza dello scambio, la collaborazione a base associativa significa il trionfo del principio della solidarietà ²⁾ intesa nel suo significato migliore, nella sua portata più effettiva e completa; non quella vaga solidarietà che spinge i due armati a un'intesa in cui ognuno conserva intero il proprio soggettivo punto di vista, le proprie individuali aspirazioni. Economicamente questa solidarietà significa lavoro più produttivo, diminuzione nelle spese di controllo e di produzione ³⁾.

57. Che questa differenza si riverberi anche sulla stessa natura del negozio giuridico, che nel primo caso fa che le due parti l'una di fronte all'altra si diano la mano, nel secondo le affratella accomunando in fascio le loro forze procedenti parallelamente, è stato per verità sostenuto. Infatti fu detto che il negozio inizialmente costitutivo della società non è un contratto: il contratto presupporrebbe l'antitesi di due economie l'una di fronte all'altra. Questo concetto, che è molto diffuso tra gli economisti, è accolto pure da una corrente, non predominante però, nel campo giuridico. Così l'Endemann ⁴⁾ ritiene la equivalenza un criterio proprio del contratto; ora secondo quello scrittore l'equivalenza presupporrebbe, nel senso stretto della parola, lo scambio, che si determina appunto sulla base dell'equivalenza soggettiva. Così ancora il Cosack ⁵⁾, per cui in ogni contratto bilaterale la prestazione dell'una parte è scopo e mira della controprestazione

¹⁾ Il che ha fatto dire a una sentenza probivirale (Alim. Milano, *Massim.* del BUGNI, n. 645) che i rapporti tra conduttore e locatore d'opera (!) non rivestono carattere di vero e proprio contratto di lavoro, ma di consociazione se le parti sono parenti nel 1.º e nel 2.º grado. È un errore: ma rivela il criterio differenziale tra le due grandi categorie di rapporti.

²⁾ THALLER, *Traité élément* n. 220. Cfr. pure IHERING *Zweck*, in *Recht*, I, p. 125, 208.

³⁾ L'unione del capitale col lavoro in forma di cooperazione risponde, da questo punto di vista, all'ideale della formazione di grandi complessi economici comprendenti tutti i fattori della produzione allo scopo di ottenere il minor costo reale della produzione, e quindi la maggiore utilità. Cfr. specialmente PANTALEONI, in *Scritti vari*, I, *passim*.

⁴⁾ *Einführung*, I, § 124.

⁵⁾ *Lehrbuch*, I, § 86.

dell'altra. Il Lotmar ¹⁾ crede che tanto l'equivalenza come quest'ultimo criterio non si addicano alla società. Ora, ciò non è assolutamente esatto, come sopra s'è visto, quanto all'equivalenza, che, come sinonimo di onerosità è perfettamente applicabile anche ai rapporti a struttura associativa. Quanto invece al concetto del Cosack bisogna anche cominciare col chiarire che si intenda per contratto bilaterale o sinallagmatico, e per contratto in genere. Se per contratto bilaterale si allude al contratto a struttura di scambio, è certo che la conseguenza non può non essere l'esclusione dalla categoria dei contratti della società e di tutti gli accordi creanti rapporti a struttura parziaria. Ma in realtà per l'art. 1098 contratto « è l'accordo di due o più persone per regolare o sciogliere tra loro un vincolo giuridico »: questa definizione, ognuno vede, calza a cappello anche al negozio costitutivo della società, che infatti pel codice nostro è vero contratto (cfr. articolo 1697). Basta che vi sia un accordo iniziale perchè vi sia contratto; che il proponente e l'accettante che si accordano e si stringono la mano per denotare plasticamente l'accordo si trovino l'uno di fronte all'altro non importa che questa forma di negozio presupponga lo scambio, o almeno una parte che dà, e l'altra che riceve, come è nei contratti a titolo gratuito: quella posizione rispettiva è, quanto al negozio iniziale, compatibile anche col rapporto e struttura associativa, in quanto con quel negozio le parti si vincolano l'una verso l'altra a coordinare la loro cooperazione per modo che a ognuno sia assicurato, col risultato comune, il guadagno cui ognuno dei contraenti per sè aspira. Non è che pel rapporto conseguente all'accordo che deve verificarsi la figurazione plastica che abbiamo visto, denotante lo scambio o il fascio di forze parallele.

Quanto al contratto bilaterale, molti tendono a vedere almeno qui il riferimento allo scambio. Il che è vero, se per « obbligazioni reciproche » si allude alle posizioni fondamentali complesse dei due contraenti, l'uno contro l'altro. Non è vero se si allude anche a quei rapporti obbligatori che sussistono anche tra soci procedenti l'uno accanto all'altro, rapporti atti a mantenere tra i soci la coesione che è necessaria; quindi non riferentisi alla posizione complessa e fondamentale di ciascun socio, ma solo a quelle obbligazioni che di questa posizione (ben diversa dallo scambio) non sono se non in certo modo i nervi, i legamenti. E in quest'ultimo senso il contratto bilaterale abbraccia anche la società, ogni socio essendo, con questi legamenti, vincolato lateralmente di fronte a tutti gli altri.

In conclusione, pur non escludendo che « contratto » in un senso molto stretto ma poco usato nel codice nostro alluda proprio a relazioni antitetiche di scambio (quindi in ogni caso comprende il con-

¹⁾ Op. cit., I. p. 138.

tratto di lavoro), pure nel suo senso più lato e comune prescinde da questo presupposto e abbraccia anche la società, e in genere l'accordo iniziale dei rapporti a struttura associativa ¹⁾. Tutta questa discussione, del resto, ha un valore affatto teorico, quindi possiamo non insistervi oltre, accennando solo come secondo alcuni anzichè di contratto si dovrebbe discorrere, per la società, di « atto complesso ». Io credo che questo sia un errore quando ad « atto complesso » si voglia attribuire la portata sua tecnica che, ad es., si rivela nell'art. 636. Ma, ripeto, non è questo il luogo perchè io abbia ad insistere in proposito ²⁾.

Tanto basta per chiarire come qui ci troviamo di fronte a due tipi di negozio, e a due tipi di fenomeno economico intimamente distinti, benchè a tutti e due sia comune il medesimo concetto di equivalenza, tutti e due essendo due diverse forme attuative di un unico intento: quello che si propone l'*homo oeconomicus* in base alla legge edonistica del minimo mezzo. Nell'un tipo il lavoratore dà le proprie energie per uno scopo che non lo interessa, e ne riceve un compenso, che invece lo interessa: qui vi ha la vera e propria retribuzione, che è in funzione di equivalenza con il lavoro. Nell'altro invece chi lavora lo fa per raggiungere un immediato scopo che interessa lui pure; se guadagno vi sarà è incerto, ma ad ogni modo se vi è, è in rapporto di equivalenza col lavoro. Qui il concetto di equivalenza, ripetiamo, non manca ³⁾, benchè manchi lo scambio, che non ne è l'esclusivo presupposto. Non vi è una retribuzione o una mercede; vi è solo un guadagno (quando vi è) ricavato da un affare a cui si è collaborato col proprio lavoro. Non vi è insomma tra le parti chi dà il lavoro, e chi lo riceve.

Da ciò la conseguenza che nell'un caso (contratto di lavoro), essendo il lavoratore estraneo allo scopo cui il lavoro che dà deve servire, non gravano su di lui le perdite e i rischi dell'affare (proprio del creditore del lavoro), come non lo avvantaggiano affatto i benefici che il creditore del lavoro eventualmente ne ricavi: chi lavora non ha che diritto al compenso promessogli dall'altra parte.

58. Fin qui ci siamo limitati alla astratta concezione dei due tipi fondamentali di contratto; concezione tuttavia desunta dalla realtà

¹⁾ Di questo avviso vedremo più avanti essere il PANTALEONI, che pure accoglie del contratto il concetto qui ripudiato, perchè egli vede nella cooperazione soprattutto l'impulso egoistico. Cfr. in *Scritti vari*, I, p. 219.

²⁾ Anche LOTMAR, op. cit. 38, si dichiara scettico sulla pratica importanza di questa discussione. Certo la differenza tra rapporto a struttura parziaria e contratto di lavoro giace su una base sostanziale, che, a mio avviso, non ha un riscontro sulla natura del negozio.

³⁾ Cfr. invece ABELLO, *Locaz.*, II, p. 76.

dei fenomeni. Ma i dubbi cominciano a sorgere anzitutto quando si perde di vista l'antitesi netta che qui abbiamo descritto per fermarci a concetti più vaghi e ondegianti, in cui naturalmente i netti contorni dei due tipi contrattuali sfumano. E in secondo luogo quando l'indagine si fermi a quei casi in cui praticamente, malgrado l'apparente struttura associativa, la differenza di ceto sociale mette in rilievo la persistenza, almeno nello sfondo, di un fondamentale antagonismo di interessi. Diremo prima dell'una e poi dell'altra categoria di dubbi.

Sotto il primo aspetto la distinzione netta (ma non così netta da escludere il fiorire di forme intermedie, come si è visto) che sopra abbiamo tracciato tra i due fenomeni economico-giuridici di cui ci stiamo ora occupando non è sempre così nitida nella letteratura economica e giuridica. O si cerca di avvicinare l'associazione allo scambio, o viceversa si proietta sullo scambio (cioè sul contratto di lavoro) la luce che promana dal rapporto di lavoro a struttura parziaria ¹⁾.

Vediamo anzitutto la prima tendenza. Un illustre nostro economista, il Pantaleoni ²⁾, scorge « un caso particolare di scambio » nella divisione del prodotto « tra le persone che hanno cooperato a produrlo col proprio lavoro ». Evidentemente il Pantaleoni fa assegnamento su quello che è lo scopo ultimo soggettivo di ogni cooperatore: cioè l'intento di guadagno personale ³⁾; chi dà il lavoro proprio per ottenere questo guadagno (questo è il pensiero del Pantaleoni) in fondo mira a ottenere la remunerazione del proprio lavoro; perchè il lavoro qui è, per lui, mezzo a ottenere questo fine, così come nel contratto di lavoro. Ora: abbiamo qui non un esempio di ricostruzione sintetica quale non è consentita ai giuristi, ma neppure, a mio avviso, un concetto che, preso alla lettera, possa (a mio avviso) ritenersi esatto dal punto di vista rigorosamente economico. Il Pantaleoni veramente non ricorre al concetto di scambio se non in un senso molto lato, non tecnico, a ciò guidato dall'aver egli, se non erro, soverchiamente accentuato

¹⁾ Il VALENTI, *Principi di scienza economica*, p. 245, osserva benissimo, in via generale, che l'associazione e lo scambio sono fenomeni diversi e correlativi, e che « non è che mediante uno sforzo di sofisma che si potrebbe purificare l'uno all'altro ».

²⁾ *Scritti vari*, II, p. 340. Il suo concetto è affermato rudemente, ma in modo incisivo, con dire che nelle cooperative di produzione « i soci sono venditori di servizi personali di lavoro grezzo. Contemporaneamente sono compratori di retribuzione, cioè di danaro », op. cit., I, p. 237.

³⁾ Già altrove, nel primo volume dei suoi *Scritti vari*, p. 208, il PANTALEONI osserva giustamente che anche nella cooperazione la molla che la tiene in vita è pur sempre l'interesse individuale, l'egoismo, così come nello scambio; cioè un fine prettamente economico, quello che caratterizza l'*homo oeconomicus* in base alla legge del minimo mezzo. Abbiamo insomma qui lo sfondo economico di quella che è giuridicamente l'onerosità, vero nello scambio e nella cooperazione.

il fine egoistico di ogni cooperatore, quale si rivela in ciò che la cooperazione non è che il modo di attuare, in certi casi, più economicamente, cioè col minor possibile sacrificio personale, il proprio vantaggio ¹⁾. Verissimo, ma ciò non giustifica che si abbia a criticare l'esistenza nella cooperazione di un « interesse solidale » in opposizione all'egoismo individuale. Quest'ultimo trionfa sia quanto al fine come quanto al mezzo nello scambio; nella cooperazione trionfa solo quanto al fine ultimo (e infatti tutta la disciplina legislativa della società risente di questo elemento puramente soggettivo a ogni socio e determinante cantele e controlli reciproci tra soci atti ad assicurarlo), ma innegabilmente il mezzo onde attuare questo fine è ispirato alla solidarietà degli sforzi (*viribus unitis!*) verso una meta diretta o immediata comune. E in ciò scompare lo scambio.

Il Fournier pure ²⁾ considera la partecipazione agli utili (non parziale, ma eliminante la mercede fissa) ricorrendo al concetto del salario ³⁾: ma a differenza del Pantaleoni coglie del salario non l'aspetto suo contrattualmente primario di retribuzione del lavoro, ma quello soggettivo di un mezzo di sussistenza. In realtà il Fournier si limita qui a fare uso di una espressione inesatta: salario. Il salario implica lo scambio del contratto di lavoro, e qui, nella associazione o cooperazione, questo fenomeno manca, per dar luogo alla divisione del prodotto o del guadagno. Ciò scorge evidentemente il Fournier, che, infatti, implicitamente accoglie la differenza sostanziale sopra rilevata, laddove esce a dire che nel tipo « contratto di lavoro » (mercede contro lavoro), a base di scambio, domina la legge della domanda e dell'offerta a danno del lavoratore, che è il più debole; mentre se il salario non è che mezzo di sussistenza (cioè nella società) è più facile (a dire del Fournier) arrivare a una misura equa di sostenimento.

59. Assai più frequente invece è che gli illustratori del contratto di lavoro invadano il campo della cooperazione.

Già in senso molto lato è diffusa la tendenza a scorgere nel contratto di lavoro una specie di associazione di lavoro con capitale, tutti e due intesi al fine unico della produzione (quando si tratta di produzione), o di un servizio. In senso molto lato questo si può anche dire; lavoro e capitale sono i due fattori precipui della produzione, e per essi, prescindendo dai rapporti contrattuali tra chi lavora e

¹⁾ In omaggio a questo impulso egoistico il PANTALEONI, cit., I, p. 219, trova conciliabile la cooperazione in genere (o associazione) colla sua origine contrattuale. Ma sopra abbiám visto che il contratto non presuppone necessariamente antitesi di interessi contrapposti.

²⁾ *Ouvriers et patrons*, p. 369.

³⁾ Su ciò ancora appresso, § 3 (n. 69 e seg.). Così ancora il CONRAD appr. cit., dal suo punto di vista del salario come indennizzo per l'energia di lavoro consumata.

l'imprenditore, e avendo di mira unicamente il fenomeno della produzione, si può ammettere quel concetto di collaborazione per un fine comune¹⁾. Questo lato è stato affermato molto recisamente dal Conrad²⁾ e dallo-Chatelain³⁾. Secondo il Conrad a base dello scambio vi è una comunanza di interessi: ognuno cerca di attuare il proprio tornaconto, e in ciò le parti vanno d'accordo. Il Conrad nega perciò che nello scambio il vantaggio dell'uno sia ottenuto a spese dell'altro⁴⁾. Anche nei contratti a pressione usuraria? Sì, risponde il Conrad, dal momento che la vittima ha creduto di aderire all'accordo.

Ma in tutto ciò vi è un'illusione. L'interesse comune si rivela nell'accordo; tutte e due le parti, a un certo punto di intersezione delle due curve della domanda e dell'offerta, trovano il loro tornaconto, che è, cioè, meglio accordarsi che rinunciare all'accordo: ed è qui tutto! Ma è l'accordo di due persone che stanno e si conservano anche dopo l'accordo l'uno di fronte all'altro, colle armi al piede (pace armata); che si faciliti l'accordo (ad es. con trattati internazionali di commercio), ciò significa solo che ogni paese e ogni individuo cerca e attua il proprio tornaconto, e unicamente quello, fin che può, finchè ciò è compatibile col diverso e opposto tornaconto dell'altro paese o dell'altro individuo. Cosicchè il più forte premerà sul più debole, noncurante del tornaconto di quest'ultimo. Il che deve pure ammettere anche il Conrad⁵⁾; e allora a che si riduce quella comunanza di interessi?

Da un altro punto di vista lo Chatelain induce l'importanza fondamentale dell'elemento associativo nel contratto di lavoro dalla coordinazione e subordinazione degli atti simultanei e successivi di tutti per un fine unico, dalla disciplina mirante a conservare questa coordinazione; vi è dunque comunanza di sforzo, del luogo ove il

¹⁾ Che il contratto di lavoro sia una associazione tacita e innominata, una vera partecipazione ai benefici fu asserito dal LEROY-BEAULIEU, *Essai sur la repartition des richesses*, p. 377, p. 234. Ma aggiunge anche che è associazione à forfait assolutamente analoga all'interesse del capitale, in cui pure pare veda una specie di associazione. Cfr. in proposito appresso (a proposito di un'opinione del MANARA). Favorevole a questi concetti è pure il COGNETTI DE-MARTIIS, in *Bibliot. dell'Econom.*, V, 2, CLV e seg.: il COGNETTI ha dato molto rilievo all'elemento associativo secondo lui insito e fondamentale in ogni contratto di lavoro. Chi più d'ogni altro ha, come è noto, affermato questa parificazione del contratto di lavoro è però il BASTIAT, nelle sue *Armonie economiche*, cap. XIV. Contro cfr. LEVASSEUR, *Salariat et salaires*, p. 4: l'interesse è, fino a un certo punto, comune per la produzione, opposto per la distribuzione.

²⁾ *Grundriss*, cit., I, p. 54.

³⁾ *De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur* (Paris, 1902), pag. 14 e seg.

⁴⁾ Come sopra abbiamo già visto, è in questo stesso ordine di idee anche il COGNETTI (cfr. sopra n. 23), che si opponeva alla destinazione solo per altri del lavoro.

⁵⁾ Op. cit., p. 54-55.

lavoro è attuato; i benefici si riversano agli uni e agli altri come salario o come profitto.

60. Ma fin qui, si può dire, non abbiamo che delle espressioni improprie, non usate con intento giuridico: espressioni, ad ogni modo, da condannare benchè talora apprezzabili dal punto di vista di un migliore assetto economico-giuridico del lavoro: la precisione, l'esattezza della terminologia giuridica, anche se maneggiata da economisti, è cosa sommamente desiderabile, nè si può ammettere, come ammette il Pic ¹⁾, che ci si possa « tenere a formule un po' vaghe »; l'erronea espressione genera e perpetua concetti erronei, falsi corollari. Invece lo Chatelain ha affermato con grande energia che il contratto di lavoro odierno si può e si deve ricostruire col sussidio del contratto di società ²⁾. La sua teoria già ci è nota: qui lo ricordiamo solo per accennare al concetto suo fondamentale di società, per cui a suo luogo abbiām dovuto rinviare a questo punto. Essa prende le mosse, anzi non fa che dare colore e vernice giuridica a un concetto che è accolto frequentemente nella dottrina, secondo il quale la mercede nel contratto di lavoro non sarebbe che il *forfait* pagato anticipatamente (ma dopo la prestazione di lavoro) al lavoratore per la sua collaborazione. Dunque vi è fondamentalmente una cooperazione che dovrebbe condurre al riparto degli utili ³⁾ e dei rischi. Ma siccome il lavoratore non può attendere sino alla vendita dei prodotti, e d'altra parte non si sente di sottostare ai rischi, così la sua parte gli viene pagata anticipatamente sotto forma di denaro. Ora lo Chatelain ha sviluppato, o meglio ha tentato di sviluppare, scientificamente questo *leit-motiv* colla sua ricostruzione, in cui, come già sappiamo, il contratto di lavoro è presentato nella figura complessa di una società, come rapporto iniziale e fondamentale, su cui si innesta una compra-vendita, cioè la vendita anticipata all'altra parte che l'operaio fa della sua parte di prodotti futuri: la mercede ne sarebbe il prezzo ⁴⁾.

¹⁾ *Traité élém. de légist. industr.*, p. 680, n. 1. Il Pic, che è per il carattere associativo del contratto di lavoro, ma che intende non potersene fare senz'altro un contratto di società, si trova in un discreto imbarazzo. Ed ecco come se la cava: « Il meglio è attenersi a formule un po' vaghe, come associazione, comunione di produzione ». Il male è che questa imprecisione giuridica, spesso frutto di un esame superficiale anche economicamente, è molto diffusa nella più recente produzione scientifica francese concernente il contratto di lavoro.

²⁾ Contro l'opinione che assimila il contratto di lavoro a un contratto di società, cfr. pure PLANIOL, *Traité élém.*, II, n. 1880.

³⁾ Come abbiamo osservato già a suo luogo, è teoria inapplicabile ai contratti di lavoro, che non mirano alla formazione di prodotti da vendere; ad es. se si tratta di un servizio personale. Il salario qui proviene dal reddito personale del creditore del lavoro, e di società non vi è neppur l'ombra, malgrado l'erroneità evidente del tipo contrattuale! Cfr. RYAN, *Salaire et droit à l'existence*, p. 228.

⁴⁾ Op. e l. sopra cit. Alla teoria dello CHATELAIN si è associato il BOISSARD,

La confutazione di questa asserzione è in parte già contenuta in quanto sopra abbiamo esposto a proposito della tesi fondamentale dello Chatelain. Ricordiamo qui (riferendoci specialmente a quel caso tipico di contratto di lavoro che è quello industriale) che il lavoratore ha bisogno di guadagno sicuro e sollecito, per vivere; che non può perciò esporsi ai rischi dell'industria, di cui si disinteressa. Con ciò è eliminata un'identità iniziale di scopi ¹⁾, è soppressa la divisione del prodotto. Lo Chatelain vede qui una clausola che non turba la sostanza del contratto: l'imprenditore ha accumulato dei risparmi e può anticipare, ecco tutto ²⁾. Ma abbiamo osservato (e vedremo meglio più avanti) che l'analisi giuridica, a differenza della economica, non può per lo più sintetizzare tutta una serie di fenomeni, che giuridicamente si scompongono in parti separate, benchè economicamente, e perciò bene spesso anche giuridicamente, connesse. Il risultato di quella cosiddetta clausola, benchè nello sfondo si possa ammettere che il salario è ricavato dai prodotti precedentemente ottenuti, appunto perciò è giuridicamente indipendente dalla massa dei prodotti futuri dovuti al lavoro attuale dell'operaio.

Certo: non è detto con ciò che il contratto di lavoro non risenta in nessun modo dei rischi della produzione. Abbiamo già osservato che una ripercussione c'è e molto viva. Lo Chatelain ne conclude che i rischi dell'operaio sono dunque limitati, ma non esclusi ³⁾. In realtà però,

op. cit., p. 94 95, pel quale il contratto di lavoro non è in sostanza che un contratto di società. Lo stesso BOISSARD in PERREAU et GROUSSIER sopra citato ammette che con la teoria dello CHATELAIN è ormai proposta in modo fondamentale la grossa questione dell'acquisto della comproprietà del prodotto per parte dell'operaio. Cfr. pure PIC, cit., p. 689 nota 2, che contrappone lo teoria pura alla legge. Quanto del resto la concezione tutta esclusivamente economica del salario concepito come parte degli utili ricavati dall'impresa abbia influito lo si vede in talune espressioni. Così ad es. il PERREAU asserisce che colla stipulazione del contratto di lavoro le parti hanno voluto eliminare il contratto di società (nel suo *Cours d'Economie polit.* citato dal MARTINI. *La notion jurid. du contrat de travail*, pag. 234 nota 2). Cfr. pure BODEUX, *Etudes sur le contrat du travail* (1896), pag. 379.

¹⁾ Lo CHATELAIN (op. cit., p. 22) crede che la differenza del fine soggettivo avuto in mira dalle parti, come fenomeno psichico, o volitivo intimo alla persona, sia irrilevante giuridicamente; che dopo tutto anche l'operaio può covare la segreta ambizione di far fortuna, e l'imprenditore può non mirare ad altro che guadagnarsi di che vivere. Rispondo che anzitutto non sta qui la differenza tra lo scopo soggettivo delle parti nello scambio che ci interessa: l'uno mira a guadagnarsi del denaro per vivere; l'altro a produrre; che cosa l'imprenditore intende fare della produzione ottenuta, ciò è giuridicamente irrilevante. E poi, quei fini si traducono esteriormente in fatti molto concreti: altro che fenomeni puramente intimi!

²⁾ Op. cit., p. 18.

³⁾ Op. cit., p. 19.

sono rischi di natura ben diversa. Non è il rischio che compenetra l'essenza funzionale del rapporto, come è per la società; ma che influisce solo sulla cessazione, sul rinnovamento del contratto, cioè che è sostanzialmente estraneo all'attuazione, al momento attuativo del rapporto: finchè il contratto vive quel rischio gli è estraneo, giuridicamente; tanto basta ¹⁾, dunque: niente rischi ²⁾, niente divisione del prodotto. Poichè è vero che nella società le parti possono, entro certi limiti (art. 1719), determinare come credono la divisione del guadagno; ma questa autonomia, chechè ne dica lo Chatelain, non può mai giungere sino a snaturare l'essenza del rapporto. Così come non si potrebbe attribuire a uno solo tutto il guadagno, o esentare un socio da ogni contributo nelle perdite, nella stessa guisa non si potrebbe anticipare a uno dei soci in modo fisso, e non aleatorio, una parte del guadagno operato, attribuendosi gli altri interamente il rischio, e quindi eventualmente la maggior parte del guadagno. Questo patto in realtà disinteresserebbe il socio dallo scopo della società, e perciò non si avrebbe più società. Per essere più esatti, un patto siffatto, se chiaramente voluto, si può anche ritenere valido, così come, malgrado l'art. 1719, indubbiamente l'attribuzione totale del guadagno, o l'esenzione totale dei rischi a favore di un socio si può ammettere. Ma allora vuol dire che non vi ha rapporto associativo tra quell'apparente socio e gli altri: nel caso nostro, ad es., vi sarebbe vero contratto di lavoro ³⁾. Il Codice dunque smentisce come meglio non potrebbe fare, lo Chatelain e la pratica attuazione del nostro rapporto pure: la lotta sorda o palese che spesso divampa tra capitale e lavoro non è precisamente fatta per dare l'idea di una associazione di forze a un fine comune ⁴⁾.

¹⁾ La vendita à *forfait* che l'operaio farebbe della sua parte di prodotto è in realtà incompatibile con le regole della società. Cfr. HAYEM, *La loi et le contrat de travail*, p. 23. Certo non si può respingere questo concetto, come fa il DUTHOIT, in HAYEM, p. 28, asserendo l'impossibilità di vendere cose future.

²⁾ È facile discutere spostando i termini della questione, o svisando gli elementi del ragionamento. Lo CHATELAIN gioca sull'equivoco tra le due categorie di rischio. È chiaro che il contratto di lavoro garantisce contro il rischio finchè vive il contratto (salvo l'assurda eccezione che vedremo poi per il contratto di arruolamento di marinai), ma non contro il rischio posteriore, ad es. della disoccupazione. Invece lo CHATELAIN esclama: bisogna finirlo con il vizzo di far del salario la garanzia contro i rischi: ciò sarebbe vero solo se fosse garantito all'operaio un salario che gli permettesse di vivere fino alla morte senza rischio di disoccupazione.

³⁾ Tanto più che, a completare il quadro, occorre ancora supporre che il socio a cui fu anticipato il beneficio si impegni a non reclamare mai la sua parte nella proprietà del prodotto; gli altri a non ripeter mai parte del denaro anticipato. E così candidamente conclude lo CHATELAIN « che essi determinano la parte di ogni associato nei benefici o perdite ». Ecco: con la medesima disinvoltura io mi impegnerei a dare la dimostrazione che la donazione non è che una compra-vendita, o che la celebrazione del matrimonio non è che la stipulazione di una locazione di cosa o di un... contratto di lavoro.

⁴⁾ Contro CHATELAIN anche il MARTINI, *La nature du contrat de travail*, p. 233.

61. In conclusione società e contratto di lavoro sono due tipi contrattuali ben distinti, benchè si possa affermare che alcuni elementi dell'uno si trovano anche nell'altro. Il socio mira a un proprio guadagno personale (il Pantaleoni ha appunto accentuato questo elemento). Viceversa nel contratto di lavoro è tipica, come dicevamo, l'estraneità del lavoratore allo scopo a cui il lavoro deve servire per l'altra parte, estraneità che genera quell'antagonismo fondamentale che è proprio dello scambio. Tuttavia questo principio non va inteso sempre con quest'asprezza: possiamo convenire col Fournière ¹⁾, quando osserva che in realtà vi è anche nel contratto di lavoro un elemento di socialità e di solidarietà: salvo che il Fournière lo oppone all'elemento puramente economico, e io credo che con questo, invece, si compenetri, ne sia anzi una manifestazione. L'industriale oggi si preoccupa, o dovrebbe preoccuparsi più che un tempo, di fornire all'operaio un sano ambiente di lavoro, appunto perchè con ciò si assicura la conservazione e la più sollecita reintegrazione delle forze del lavoratore: ciò è nel suo stesso interesse. E del resto questo elemento di solidarietà è raccolto e disciplinato dalle leggi sociali, ispirate alla considerazione che il lavoratore ha pure una propria dignità da tutelare; soccorrendolo si viene a eliminare quell'asservimento completo del lavoratore che caratterizzava il vecchio contratto di lavoro a tipo rigidamente individuale e autonomistico. Anzi, io vado anche più in là: l'interessamento che spesso il lavoratore non autonomo (locatore di opere) prende al risultato del suo lavoro costituisce un elemento di solidarietà che fa proprio brillare il lavoro e il capitale come i due fattori affratellati per lo scopo della produzione ²⁾.

E fin qui va bene: ma il Fournière poi aggiunge (e qui per me vi è un salto logico) che la legge con ciò stabilisce tra le parti un rapporto di collaborazione alla fabbricazione del prodotto (o alla produzione del servizio). E il salario cessa con ciò di essere remunerazione

Il CAPITANT, *Cours de législation industrielle*, pag. 134, la giudica pure « *sans force au point de vue juridique* ».

¹⁾ *Ouvriers et patrons*, p. 156, seg.

²⁾ Non ho bisogno di citare gli esempi suggestivi che ci vengono dal lavoro per la costruzione di navi nell'arsenale, per la fusione delle statue in bronzo e via dicendo: l'entusiasmo dei lavoratori, nel momento culminante e finale della produzione (es. il varo della nave), è documento inoppugnabile di un elemento di solidarietà, e associativo che però non è che una sovrapposizione alla reale e fondamentale opposizione di interessi, atta però sempre ad attenuarla. E impulsi filantropici si ritrovano anche presso gli industriali; non mancano recenti esempi di grossi industriali che nell'ordinamento della loro azienda si lasciarono guidare solo da intenti di vero miglioramento per i lavoratori. Un caso insigne è quello di cui ci riferisce lo stesso autore: il CADBURY, *Experiments in industrial organizations* (London 1912). Cfr. *Archiv für Socialwissenschaft*, 1914, 243.

à forfait di uno sforzo promesso e attuato per altri, e appare come partecipazione al profitto realizzato mercè questo sforzo unito al capitale e all'opera organizzatrice dell'impresa. Ma più avanti lo stesso Fournière esce a dire che il salario ¹⁾ non è più oggi quello che in passato: cioè non è più solamente una remunerazione del lavoro, ma è soprattutto mezzo di sussistenza. In questa evidente contraddizione sta la miglior confutazione dell'ipertrofia dell'elemento di solidarietà a cui arriva il Fournière, sino a negare quel fondamentale e fatale antagonismo che le odierne lotte del lavoro rivelano con troppa chiarezza ²⁾.

Ripeto che questo stato di lotta è, proprio per il contratto di lavoro, la più energica condanna della solidarietà, che è stata accentuata anche dal Conrad ³⁾. Si potrà desiderare (e chi vi si rifiuterà?) che l'asprezza della lotta sia mitigata, e che, come auspicano il Perreau ⁴⁾ e il Boissard ⁵⁾, siano avvicinati i due contratti (di lavoro e di società). Ma questo non deve illudere sino a ritenere che con locuzioni, con della fraseologia si possa nascondere la realtà o affrettare la attuazione del desiderio.

È frutto pure di un'inesatta valutazione della struttura economico-giuridica del contratto di lavoro, e dell'abisso che lo separa dalla società, l'ammettere il passaggio indifferentemente dall'uno all'altro tipo di rapporto, come fu fatto talora. Chi dà il proprio lavoro per impresa altrui rimane estraneo a quest'ultima, nel senso che già sappiamo, e che ora meglio vedremo, anche se le sue prestazioni durano da molti anni. Invece la Cassazione di Napoli, nella già ricordata sentenza del 13 settembre 1910, *Mon. Trib.*, 1910, 1898, ritenne che molti anni di lavoro intellettuale per un giornale (si trattava nella fattispecie dei figli del proprietario: ma ciò è giuridicamente irrilevante) creano a loro favore un diritto di proprietà (cioè di par-

¹⁾ Op. cit., p. 159.

²⁾ Anche il BUREAU, *Contrat de travail*, p. 103, osserva che il concepire il contratto di lavoro come collaborazione poteva forse esser vero un tempo, col regime di produzione patriarcale; non oggi, in cui la grande industria ha più che mai invelenito e acuito la lotta di classe. La lotta di classe, sorta dalla grande industria, e purtroppo sventolata come ideale di tattica, riproduce troppo bene il concetto sostanziale dello « scambio ».

³⁾ Perciò l'opinione di coloro che nella « causa del contratto » (di cui nel titolo con cui si inizia l'art. 1119, e nell'art. 1120) vedono, a differenza della « causa dell'obbligazione », la « ragione prossima determinante ambo le parti al contratto » (MANENTI, *Del gioco e della scommessa*, p. 651-652 nelle *Pandette* di GLÜCK, IX) urta certo (con ciò non voglio pronunciarmi qui in merito) contro questa difficoltà: di un fine comune nei contratti di scambio.

⁴⁾ In PERREAU et GROUSSIER, *Le contrat de travail*, p. 72. Pel PERREAU il contratto di lavoro è una specie di contratto di società.

⁵⁾ Pure in PERREAU et GROUSSIER, ora cit., p. 94.

tecipazione alla complessa posizione giuridica del proprietario del giornale, considerato quest'ultimo sia come prodotto industriale, sia come- prodotto intellettuale). Dunque una evoluzione graduale del rapporto giuridico. Il che è possibile: può esservi una trasformazione concordata, o che si formi attraverso a un successivo adattamento pratico; ma non basta il fatto astratto della lunga durata del lavoro, per sè solo, a creare quella trasformazione: quasi fosse un logico e organico sviluppo del contratto di lavoro. Va osservato che tanto questa teoria come quella dello Chatelain hanno il medesimo punto di partenza: il modo più semplice di acquistar la proprietà è il lavoro, la produzione fa il produttore proprietario del prodotto (art. 452); quindi anche il lavoratore per altri finisce coll'acquistare la comproprietà del prodotto. È un ragionamento che già abbiamo avuto occasione di confutare.

62. Sotto il secondo aspetto ci si offrono i casi in cui il guadagno stipulato col contratto a favore del lavoratore è in istretta correlazione col prodotto del lavoro, o col risultato dell'azienda.

Qui le ipotesi sono varie. In generale si tratta di ciò: che chi stipula da altri una prestazione di lavoro ha inteso creare un nesso tra la retribuzione da esso dovuta e l'affare che gli appartiene, sia proporzionando l'ammontare della mercede alla quantità di risultato utile ottenuto da chi lavora, a profitto del creditore del lavoro (è il sistema del « cottimo »); sia subordinando un possibile aumento del limite minimo fisso di mercede al conseguimento di utili nella gestione dell'azienda (il sistema della « partecipazione suppletiva agli utili »); sia addirittura subordinando il pagamento della mercede al raggiungimento dello scopo che dalla prestazione del lavoro la parte a cui la prestazione è dovuta si proponeva di raggiungere. Col primo sistema il risultato effettivo che la prestazione del lavoro ha per chi lo riceve e lo destina al raggiungimento degli scopi che si è proposto non influisce per nulla sulla determinazione del guadagno fatto dal lavoratore; col secondo influisce solo in misura limitata, per modo da non alterare la struttura sostanziale del rapporto. Invece col terzo si atteggia il rapporto in modo da sottrarlo al campo del « contratto di lavoro ».

Per intendere questa differenza bisogna pensare che la prestazione di lavoro può essere considerata anzitutto rispetto al risultato immediato cui essa conduce, cioè al servizio diretto che essa produce a favore di chi riceve il lavoro. E inoltre in relazione all'effettivo raggiungimento dello scopo ultimo che il creditore del lavoro col contributo di quel risultato immediato si proponesse di raggiungere.

Così la prestazione del medico o dell'avvocato producono sempre un risultato utile immediato, cioè la cura dell'ammalato o dell'affare per opera di persona esperta; il lavoro dell'operaio cottimista produce il risultato immediato della produzione di una certa quantità di merce;

il lavoro del commissionario o del mandatario commerciale, o del viaggiatore di commercio procura al creditore del lavoro la gestione di un affare commerciale, la trattazione di affari, la stipulazione di contratti. Così ancora il lavoro dell'autore procura all'editore un risultato utile immediato: la consegna di un manoscritto di cui è riservata la riproducibilità e la diffusione all'editore. Ora, questo è il lato che interessa chi dà il proprio lavoro. Poichè le sorti ulteriori che queste utilità avranno nella gestione che il creditore del lavoro farà poi per suo conto del proprio affare o, in genere, l'effettivo raggiungimento che darà quel risultato utile dello scopo cui il creditore mira è cosa che, come già sappiamo, cade nella sfera esclusiva del creditore del lavoro, poichè non dipende dal lavoratore. Quel raggiungimento si ricollega a una quantità di elementi e di fattori che si aggiungono alla prestazione del lavoro, ai quali il lavoratore è per lo più completamente estraneo ⁴⁾.

Così malgrado le cure del medico o dell'avvocato il malato può peggiorare, la causa può essere perduta; malgrado la produzione della merce, l'industriale può fallire proprio per la esuberanza di produzione; l'affare e il contratto stipulato dal mandatario e dal commesso viaggiatore può non impedire che l'annata si chiuda pel commerciante con un bilancio disastroso, ecc.

63. Normalmente, dunque, l'attuazione soggettiva dello scopo cui il creditore del lavoro mira non influisce sul contratto di lavoro; il lavoratore non intende che correre al più i rischi che riguardano lui (malattia, ecc.): ciò che si verifica in più larga misura nella locazione d'opera, cioè di lavoro autonomo: se la produzione del risultato promesso è impossibile, viene meno il diritto alla mercede, nel debitore dell'*opus* (se il rischio è suo); con ciò è impedito il raggiungimento anche del risultato immediato, che è il solo in contatto col lavoratore, e che perciò può variamente influire sul « contratto di lavoro ». Anche qui però la regola dell'estraneità del lavoratore allo scopo che l'altra parte si propone di raggiungere è vera così come lo è per la locazione di opere. A proposito della quale non vi è che un'unica dispo-

⁴⁾ Gli economisti insegnano appunto che il salario (questo elemento paradigmatico del tipico contratto di lavoro) è estraneo ai rischi della produzione. VALENTI, op. cit., p. 439. Invece le condizioni del notaio sono in parte differenti. Qui l'esito delle sue prestazioni professionali dipende interamente ed esclusivamente da lui, dalla sua interposizione. Quindi nella locazione d'opera stipulata con lui l'*opus* è rappresentato non dall'assunzione pura e semplice dell'affare, ma dalla produzione dell'effetto utile. Il cliente sa benissimo tutto ciò: ed è per questo che nei suoi rapporti concreti col notaio si può dir benissimo che egli miri esclusivamente a che il notaio gli procuri un dato risultato utile. Qui è il risultato che deciderà sulla mercede; che in massima potrà negarsi se quello non fu ottenuto, salvo eccezioni che non toccano il principio.

sizione nella legge che vi contraddica. Si tratta dell'art. 355 C. comm., pel quale nel caso di preda, di rottura, di naufragio con perdita intera della nave o del carico i marinai non possono pretendere alcun salario. Con ciò si fa in modo che il risultato che il creditore del lavoro si propone influisca direttamente sul contratto di lavoro: il che è per se un'enormezza, un'iniquità stridente: l'unico caso in cui sia violata una regola così tipica del contratto di lavoro come è quella sopraindicata. Ma oltracciò essa è anche una vera anomalia che crea una non piccola difficoltà per l'esegeta del diritto, e che non si può giustificare se non con ragioni storiche: cioè in quanto un tempo presupponeva il divieto della assicurazione sui noli che oggi agli armatori è permessa ¹⁾. Con ciò bisogna riconoscere che si ha una parziale alterazione nella natura del rapporto; nel quale vi è un elemento di carattere associativo, sia pure limitato a un'ipotesi solamente, nella quale per di più il rapporto cessa ²⁾. In ogni altro caso in cui l'impresa dell'armatore non abbia buon successo il contratto di arruolamento non ne risulta affetto. Tuttavia la struttura fondamentale di scambio propria dell'arruolamento a mese o a viaggio risulta anche in caso di naufragio o preda per ciò che in caso di parziale ricupero della nave o della merce « i marinai arruolati a viaggio o a mese sono pagati del salario scaduto sugli avanzi della nave o su ciò che venne recuperato dalla preda ». Mentre questo diritto non spetta ai marinai arruolati con partecipazione ai noli o al profitto: questi, come vedremo, sono associati, non vi è come per quelli una pura e semplice retribuzione del lavoro, che nella sostanza perdura anche se il profitto o i noli sono nulli.

64. Da tutto ciò si delinea già come conclusione molto probabile questa: che per non uscire dal contratto di lavoro occorre che il nesso sia creato tra il lavoro e il risultato immediato; non mai, di regola, tra il lavoro e lo scopo ultimo e soggettivo che il creditore del lavoro si propone di raggiungere. Il primo sistema è attuato interamente quando il commissionario, il viaggiatore di commercio, ecc. sono

¹⁾ Cfr. su ciò ASCOLI, *Commercio marittimo e navigazione*, n. 440 (commento al Cod. di comm. di Verona); DE-SIMONE, *Condizione della gente di mare* (1912, II ediz.), n. 822. Altro motivo attuale, e non storico, che vorrebbe giustificare questa disposizione assurda è che essa preme sui marinai per ottenere il massimo sforzo per la salvezza della nave. Il peggio si è che ai marinai è tolto anche di poter assicurare i loro salari: così rischiano la vita e anche i salari, a cui le famiglie non hanno diritto. L'Italia è l'unica nazione in cui sia sopravvissuto questo stato di cose. Cfr. BERLINGIERI, *Il soccorso ai naufraghi* (Conferenza, Genova, 1901), p. 28-29, e *breve note ed appunti alle riforme della legislazione marittima proposta dal Ministero della marina* (Genova, 1904), p. 7 sg.

²⁾ Questo è rilevato esplicitamente in una proposta di emendamento all'art. 535 del BERLINGIERI così redatta: « Il contratto di arruolamento si scioglie se la nave è naufragata, predata, o dichiarata innavigabile, e le persone dell'equipaggio hanno diritto al pagamento del salario fino al giorno dello scioglimento... ».

pagati colla provvigione; cioè con una percentuale sul valore degli affari trattati, delle cose vendute, ecc.; ed è attuato in grau parte, nel limite della mercede fissa, col sistema della partecipazione suppletiva agli utili. Il secondo sistema è applicato invece quando il lavoratore non percepisce che una percentuale sugli utili, o una parte del prodotto finale.

L'esattezza di questa conclusione sarà in seguito assoggettata a una minuta indagine per ciò che concerne soprattutto il caso più discutibile e discusso: cioè il terzo, riferentesi all'ipotesi del lavoro con pura partecipazione agli utili. In generale è da osservare che il conflitto qui risulta tra due tipi di contratto: contratto di lavoro (a base di scambio), e contratto da cui sorge un rapporto a struttura associativa. Ora, associare il lavoro all'affare proprio del creditore del lavoro, e a cui il lavoro deve servire, vale evidentemente accomunare l'affare. Se si parte da questo concetto fondamentale si capisce che nel primo sistema manca la struttura associativa, perchè l'affare rimane interamente del creditore del lavoro. E ciò è vero anche pel caso in cui l'onorario sia promesso al medico solo in caso di guarigione. La cosa mi pare evidente: la guarigione dell'ammalato non è un affare *anche* del medico, così come gli affari conclusi dal viaggiatore di commercio non sono affari *anche* suoi. Ciò prova quanto grande sia l'elasticità del nostro contratto, che può adattarsi sino ad avvicinare (avvicinare, si intende, non fondere) il lavoratore allo scopo che col suo lavoro l'altra parte si propone di raggiungere, interessandolo, attenuando alquanto l'antagonismo tra le parti, spronando il suo zelo. Del resto che la persistenza di questa estraneità non sia principio rigido e assoluto l'abbiamo visto: ognuno sa quanta influenza le sorti dell'industriale esercitino sul tasso dei salari: ciò che, però, normalmente avviene colla rinnovazione del contratto di lavoro ¹⁾, e non implica una subordinazione della mercede al variare di quelle sorti durante la vita del contratto. È appunto in questa subordinazione che sta l'elemento nuovo che ora ci preoccupa.

Quanto al caso dell'avvocato o del medico qui apparentemente sembra esservi una smentita al principio sopra accennato. Se al medico è promessa la mercede solo in caso di guarigione, o all'avvocato solo se otterrà una sentenza favorevole, in tal caso vuol dire che e l'uno e l'altro professionista hanno assunto a proprio carico dei rischi ulteriori che sfuggono normalmente alla signoria dell'opera loro, e il caso non sarà gran che frequente.

¹⁾ Normalmente, perchè l'adattamento delle condizioni del contratto di lavoro alle sorti prospere o tristi dell'impresa in fatto si attua anche durante la vita del contratto producendone una modificazione.

Qui poi abbiamo casi di risultato immateriale. Ora nei servigi propriamente detti non sempre vi è la distinzione netta tra l'utilità immediata e quella finale. Se il facchino mi porta la valigia nello scompartimento del vagone, o l'artista o il conferenziere mi hanno dilettrato o istruito, che altro più rimane, oltre l'utilità immediata del servizio ricevuto? Questo, naturalmente, non toglie che tra la cura dell'ammalato e la guarigione vi sia una differenza molto precisa, e a volte, pur troppo, molto grande. Tuttavia, ripeto, l'assunzione ulteriore di quel rischio per parte del medico o dell'avvocato non è incompatibile con la struttura del contratto di lavoro. Qui infatti vi ha solo apparentemente il fenomeno di un cointeresse, se mi si passa la parola: l'interesse vero e ultimo del cliente è la guarigione, ma quella del medico rimane pur sempre il conseguimento dell'onorario. Non vi na qui una collaborazione di forze verso una mèta comune, sia pure per l'ulteriore raggiungimento di fini egoistici e divergenti, perchè una collaborazione manca: il malato non è che un paziente, e il medico è lavoratore autonomo (conduttore d'opera); non vi ha insomma che l'assunzione della guarigione e l'*opus* risultato promesso. Se il medico l'accetta, vuol dire che pensa di potere probabilmente pervenire da sè con le proprie forze a questo risultato, che diventerebbe quindi il risultato immediato e insieme il definitivo. Il lavoro del medico e dell'avvocato non è preso in considerazione se non in base a questo risultato, come vedremo meglio più avanti. E dunque un caso perfettamente normale, e che non impinge affatto l'appropriazione che il professionista faccia anche per sè dello scopo cui mira il cliente: tra l'altro ciò, per l'avvocato, violerebbe precise disposizioni di legge.

65. Adunque, esaminando quel primo sistema, di cui è un esempio notevole la provvigione, e il secondo (della partecipazione suppletiva agli utili) si vede che l'accostamento al rapporto a struttura associativa (che è assai più evidente e intenso col secondo, che col primo sistema) non implica affatto un abbandono del tipo locativo. Quanto al primo, che la mercede varii col variare dell'intensità del risultato del lavoro è un principio molto diffuso del contratto di lavoro, che risponde del resto a una tendenza generale del tasso delle mercedi, e che ha appunto nel « cottimo » la sua tipica manifestazione. E cottimo è la provvigione, che non è se non un modo di determinazione dell'ammontare della mercede: che può riferirsi sia a tutta la mercede (come pel commissionario), sia a un di più oltre una mercede fissa. Osserva benissimo il Crome ¹⁾: come gli interessi di regola sono computati secondo una percentuale sul capitale, e cioè rappresentano una quota del capitale, così anche qui questa remunerazione è commisurata secondo una per-

¹⁾ Op. appr. cit. (n. 71), pag. 172.

centuale del valore che la relativa prestazione di lavoro ha per il creditore del lavoro; valore però computato non secondo l'interesse personale del creditore del lavoro, ma secondo un criterio generale: il valore o il prezzo dell'oggetto, dell'affare, ecc.

E questo è tutto. Il lavoratore, anche con questa forma di mercede, rimane perfettamente estraneo alle sorti dell'affare, o, più esattamente, all'affare: egli si limita a dare le proprie energie per uno scopo che non lo riguarda. E che per ciò, normalmente, non lo interessa; questo è un normale e logico corollario, che non può mancare, se sussiste la piena estraneità allo scopo del lavoro. Prescindendo dall'indiretto, e già avvertito, interesse a che l'impresa abbia liete sorti, perchè ciò influisce anche sul contratto di lavoro, io non saprei immaginare se non il seguente caso in cui vi sia una apparente smentita a questa asserzione. Si supponga che il pagamento della retribuzione sia subordinato al buon successo della impresa; ciò accade talora in pratica. In tal caso, se il lavoratore (ciò che non sarà molto frequente) acconsente, e se tutto non si limita a una semplice dilazione al momento in cui si conoscerà il risultato dell'affare, dell'impresa, ecc. possiamo avere due ipotesi: a) o si intende accomunare l'affare al lavoratore, facendone un socio; b) o, ciò che è più spesso il vero, essendosi fatto parola di retribuzione del lavoro, il promittente intende riservato a sè pienamente l'affare, e solo subordinare il compenso alla possibilità di pagarlo. In tal caso vi è, a mio avviso, contratto non a struttura associativa solo nel caso in cui chi ha dato il proprio lavoro non l'ha fatto per l'esclusiva mira del guadagno; cosicchè la promessa di un eventuale compenso assuma il carattere di una liberalità, che non è stata ad ogni modo l'esclusivo movente dell'assunzione del lavoro. A tutto ciò sembra costituire una smentita l'art. 535 cod. comm. che noi già conosciamo; ma s'è visto che quell'articolo sancisce una parziale anomalia giuridica; si tratta di una eccezione che non tange la regola, e in forza della quale il contratto di lavoro dei marinai arruolati a salario acquista, almeno per questo lato, un carattere suo proprio che lo colloca in una posizione intermedia tra il tipo normale di contratto di lavoro e il contratto a struttura associativa. Infatti l'art. 535 associa i marinai a rischi che toccano l'affare di chi li arruola.

Ripeto: non sono casi praticamente frequenti; ma se si avverassero non vi ha dubbio che mancherebbe anche un contratto di lavoro, perchè mancherebbe la onerosità. Ecco, dunque, che in tal caso l'estraneità all'affare, e il diretto interesse allo scopo soggettivo che il padrone dell'affare si propone non concorrono se non a condizione che questo interessamento sia estraneo al contratto in base al quale il lavoro è prestato, in quanto il guadagno futuro ed eventuale non è più in relazione con questo contratto.

Naturalmente col secondo sistema della partecipazione suppletiva agli utili abbiamo un sistema misto, in cui predomina sempre l'elemento locativo di scambio dato dall'esistenza di un limite minimo di mercede fissa; il di più eventualmente concesso dagli utili dell'azienda costituisce solo un elemento variabile che tocca l'ammontare della mercede, ma che non ne esclude il carattere tipico ¹⁾; i rischi dell'azienda non toccano che l'ammontare, non la sussistenza della mercede. E tanto basta perchè del contratto di lavoro sia rispettata la sostanza: il contratto di lavoro, per sua natura, sottrae chi dà il lavoro ai rischi che riguardano la sfera d'azione dell'altro contraente: è qui il suo valore sociale, ed è qui il germe che ha creato oggi la cosiddetta questione sociale. Del resto la tattica delle unioni di mestiere mira oggi, come poi ancora vedremo, a operare sempre più questo stacco del lavoro dal capitale, rendendo autonomo il più possibile il primo. In via generale (e ciò è vero per qualunque forma di contratto di lavoro) non bisogna dimenticare che in questo tipo di negozio due elementi non possono mancare: il lavoro e la mercede correlativa alla adempita prestazione di lavoro. Un sistema di retribuzione che finisca in realtà col paralizzare o coll'eliminare la mercede è ammissibile solo in quanto sia mancato l'altro elemento di cui la mercede non è che un correlativo: la prestazione di lavoro. Ora ciò avviene, come vedemmo, nel contratto di lavoro tecnicamente autonomo (locazione d'opera): qui il lavoro è a rischio di chi lo presta, e mancando il risultato promesso e al quale il lavoratore pensava di poter pervenire col proprio lavoro, manca la prestazione di lavoro: qui il debitore del lavoro ha assunto a proprio carico il rischio circa la raggiungibilità di quel risultato, e la mercede può mancare se manca quel risultato. Si noti che ciò non è invece ammissibile quando si tratti di locazione di opere, cioè di lavoro tecnicamente subordinato, dove il lavoro viene prestato sotto la guida, la direzione e il controllo dell'altra parte, su cui quindi grava il rischio di un lavoro eventualmente inutile. Far gravare qui sul lavoratore il rischio dell'utilità o no del lavoro, del raggiungimento, mercè il lavoro, dello scopo cui mirava, e che è di spettanza esclusivamente della persona a cui la prestazione è fatta, è un controsenso, è una contraddizione ²⁾ sostan-

¹⁾ Questa è ormai opinione pacifica. Cfr. FOLLIN, *Le contrat de travail et la participation aux bénéfices*, pagina 143; BÖHMERT, cit., pagina 136. e tutta la giurisprudenza francese. *Cassat.* 22 marzo 1904. 23 marzo 1904, 16 novembre 1904 in *Le droit*, 25 marzo, 10 sett. e 22 nov. 1904. Cfr. pure BRY, *Cours élém. de légis. industr.*, n. 277; SACHET, *Traité théor. prat. et de la légis. sur les accidents*, 3^{re}., I, pag. 833; CUCITO, *Commento alla legge degli infortuni sul lavoro* (1905), n. 48.

²⁾ Vedremo, poi, come ciò influisca nel decidere se la pura partecipazione agli utili sia conciliabile col contratto di lavoro, e come il CROME abbia cercato di superare l'ostacolo (appr. n. 73).

ziale col concetto fondamentale, che studieremo a suo tempo analiticamente, della locazione di opere.

Perciò se la mercede, ad es., consistesse unicamente in una percentuale sul « guadagno » ricavabile colla sua azienda dal creditore del lavoro entro un dato termine, avremmo precisamente un rimbalzare anche sulle spalle del lavoratore (qualunque esso sia: lavoratore autonomo, o tecnicamente subordinato) di un rischio che rientra puramente nella sfera del creditore del lavoro¹⁾, perchè non è rischio del lavoro, ma rischio dell'azienda. Se io dico al capomastro che mi costruirà una nuova ala al fabbricato in cui tengo la mia officina: vi darò il 30 % degli utili del primo anno; o se al mio impiegato faccio la proposta di pagargli il 3 % degli utili dell'azienda, è evidente che il capomastro e l'impiegato corrono il rischio di non prender nulla se il mio guadagno è zero. Presa alla lettera quella clausola, questa è l'interpretazione più logica.

Ora, ciò appunto ripugna, dicevo, alla struttura del contratto di lavoro, dove si può al più arrivare sino ad accollare al debitore del lavoro autonomo (conduttore d'opera) quello che può essere concepito come rischio del lavoro. Capisco che quest'alea può essere compensata da un guadagno anche superiore alla media mercede di mercato, se gli affari miei sono eccezionalmente prosperi. Ma insomma qui abbiamo quell'elemento di divisione del prodotto eventuale che è caratteristico del tipo associativo.

66. Qualche dubbio può nascere a tutta prima per il caso, ad es., del viaggiatore di commercio il quale (cosa infrequente) non abbia che una percentuale sugli affari fatti. Se non riesce a far affari (vale a dire, secondo i casi, a stipulare addirittura i contratti, o puramente a proporli al suo principale)²⁾, ecco che malgrado il suo lavoro, la man-

¹⁾ Non è così invece nel caso dell'appalto del dazio consumo, e in tutti gli altri casi in cui la mercede consista nell'eventuale aumento di utilità che il lavoratore possa ricavare oltre la quantità fissa che coll'opera sua si è impegnato a procurare all'altra parte. Vi è alea (come a suo luogo, a proposito del carattere locativo del nostro contratto, vedremo) nella percepibilità di questa mercede, perchè non è sicuro neppure che l'opera del lavoratore possa neppur raggiungere la quantità promessa all'altro contraente. Ma benchè apparentemente sembri esservi l'elemento associativo dato dalla comunanza dell'obiettivo e dalla distribuzione degli utili, in realtà sussiste la relazione antitetica propria dei contratti a titolo oneroso. Solo che qui la onerosità non ha il carattere di corrispettività, ma di aleatorietà per quanto concerne la mercede. Indubbiamente l'obbligo della mercede c'è, ma subordinato all'alea di un plusricavo di utilità. È un rischio che tocca il lavoro, e che appartiene alla categoria dei rischi che ordinariamente si assume il conduttore d'opera o lavoratore autonomo, rispetto al quale il lavoro può rappresentare una grave perdita, se le spese e i rischi incontrati non sono neppure coperti dalla retribuzione.

²⁾ Cfr. TARTUFARI, *La rappr. nella conclusione dei contratti*, n. 207.

canza di affari può ridurre a zero la sua retribuzione. Eppure del lavoro ne avrà fatto, si sarà dato attorno, ecc. Abbiamo qui dunque la violazione del principio surricordato quanto alla sussistenza di una mercede? Se si trattasse di lavoratore autonomo, come lo è il medico o l'avvocato, la soluzione sarebbe semplice: è un rischio del lavoro a carico di chi se l'è assunto. Ma appunto io non propendo a ritenere che il viaggiatore di commercio sia lavoratore autonomo; credo la sua una locazione di opere, non già di opera. E questo complica, a tutta prima, la questione¹⁾. In realtà è di lui come del cottimista locatore di opere (p. es., un muratore pagato a un tanto per metro cubo di muratura): vedremo a suo tempo che il cottimo, ben lungi dal coincidere col contratto di lavoro autonomo (o locazione d'opera) può comprendere anche chi lavora sotto la direzione e a rischio altrui²⁾. Anche qui, se per avventura il lavoratore non arrivasse, malgrado ogni suo sforzo, a raggiungere neppure quell'unità di misura elementare, a cui è proporzionata la mercede, ecco che resta senza mercede.

Tuttavia praticamente il cottimo è ammesso solo laddove il lavoro non corre rischi rilevanti, e perciò il lavoro non solo assicura una mercede, ma, trattandosi di lavoro non raffinatissimo, e in cui importa soprattutto la quantità, può ottenersi un risultato quantitativamente notevole, e perciò una notevole mercede³⁾. Invece non è così per la stipulazione di contratti per parte del viaggiatore di commercio: qui il rischio c'è e non piccolo, tant'è vero che in pratica mentre il puro cottimo nell'arte muraria ha ancora numerose applicazioni, invece il viaggiatore di commercio si assicura un minimo fisso di mercede (a mese); e solo una percentuale proporzionata agli affari fatti: indubbiamente questa percentuale non è più in tal caso se non una appendice alla mercede, che risulta ad ammontare variabile in modo da spronare lo zelo di chi dà la propria opera.

¹⁾ La identica questione si propone per i ricevitori del lotto che si pagano con l'aggio sulle contrattazioni fatte col pubblico. Fu detto che questa non è una forma di mercede, quanto meno non è stipendio, che quindi non si tratta di un vero impiegato dello Stato. Così la Cassaz. Roma, 14 febbraio 1914, *Foro ital.*, 1914, I, 534. Tutto ciò è inesatto: per la qualità di impiegato basta una remunerazione, anche se in forma di cottimo, come questa. E del resto l'art. 1 della legge sulla impignorabilità degli stipendi ecc. non si limita allo stipendio fisso, come remunerazione per gli « impiegati dello Stato ». Del resto un « agente contabile dello Stato » (tale la Corte ritiene sia il ricevitore) non è un impiegato?

²⁾ Secondo il LÖRMAR il viaggiatore di commercio sarebbe cottimista, consistendo la sua mercede in una percentuale sul valore delle cose vendute: op. e l. cit.

³⁾ Cosicché può dirsi che in realtà manca il rischio del lavoro a carico del lavoratore. Infatti il rischio derivante dalla materia prima fornita dal creditore del lavoro non è a carico del lavoratore. Questo è anzi un punto di dissenso, in pratica, tra cottimisti e padroni.

E nella stessa condizione si troverebbe il vetturino di piazza che fosse remunerato dal padrone della vettura con un tanto per corsa, o con una percentuale sul ricavo segnato dal tassametro. È chiaro che il ricavo lordo giornaliero dovuto al lavoro è cosa molto diversa dal guadagno complessivo e reale dell'azienda, cioè dal profitto¹⁾. Quella forma di pagamento non rappresenta, come per il caso precedente, che una forma di cottimo, in cui la mercede è proporzionata all'intensità del risultato immediato del lavoro. Questo, dicemmo, può influire sul contratto di lavoro; qui dunque abbiamo vero e valido contratto di lavoro, benchè possa anche darsi che per tutta una giornata manchino passeggeri, e quindi venga meno il guadagno. E il destino di questa forma di mercede, che ammette però il compenso coi guadagni eventualmente molto lauti²⁾. Ad ogni modo è una forma di mercede che, appunto per l'alea che vi è riconnessa, tende a scomparire: il lavoratore per lo più pattuisce un minimo fisso di mercede, che gli assicuri la sussistenza.

67. In parte diverso dall'esempio del viaggiatore di commercio e quello, ad es., del commissionario che si fa pagare dal committente,

¹⁾ E lo stesso è, almeno in apparenza, il caso, più praticamente importante, di un artista di canto che debba per contratto cantare per una società produttrice di matrici e dischi fonografici, ricavandone in compenso una percentuale sui dischi venduti, cioè sul prezzo ricavato: qui non vi ha una forma di partecipazione agli utili, e quindi il rischio grava in prevalenza sul contraente che ha la figura economica di imprenditore. Tuttavia in questo caso vi ha una notevole differenza in confronto agli altri del viaggiatore di commercio e del vetturino: che, cioè, il rischio parzialmente gravante anche sul debitore del lavoro (sull'artista) è un rischio che normalmente esorbita dai limiti della prestazione di lavoro dell'artista, anche considerata come lavoro autonomo (opera) e non subordinato (opere). Infatti si capisce che il numero delle corse di una vettura o di affari di un viaggiatore siano in relazione con l'attività spiegata dal cocchiere o dal viaggiatore: viceversa il numero di vendita dei dischi è anche in relazione (oltre che colla bellezza del canto) con l'abilità commerciale della società di fonografi. È questo un caso per cui riesce estremamente difficile determinare l'assegnazione a questa estrema zona del contratto di lavoro verso i rapporti a struttura associativa, anzichè all'estrema zona di questi rapporti verso il contratto di lavoro. Io credo che qui la figura del cottimo, appunto per l'osservazione ora fatta, per la natura stessa della produzione dei dischi, che è opera esclusiva della società (cfr. REDENTI in *Foro ital.* 1913, I. 1146), evapori; la prestazione dell'artista è unica, la retribuzione variabile, non quindi in relazione con essa. Perciò mi pare prevalente il carattere associativo; sarebbe un caso analogo a quello del contratto di edizione di cui discorreremo poi con questa differenza che nel caso dell'artista il rischio a lui accollato è assai minore. È una partecipazione agli utili lordi, che è pur sempre partecipazione all'alea dell'impresa (cfr. REDENTI, cit., col. 1147): il REDENTI però mi pare non intenda staccarsi dalla « retribuzione » del contratto di scambio.

²⁾ Cfr. LOTMAR, cit. II, 18. Fu giudicato esattamente che vi ha salario, e non quota parte dei benefici, in tal caso, dal Trib. civ. della Senna, 2 agosto 1907, in *Revue prat. de droit industr.*, I, 1907, 212.

come diritto di commissione, una percentuale sul valore dell'affare ¹⁾. Anche qui il rischio grava il commissionario: in quanto se non riesce a combinar l'affare non percepisce nulla. Ma il commissionario è lavoratore autonomo, quindi questo rischio può assumerlo come tale: vuol dire che promette non di curarsi in genere di un affare, ma di far l'affare. La forma di percentuale sul valore delle merci vendute, ad es., non è se non un modo di calcolare la mercede: non è che apparentemente affine alla forma di distribuzione degli utili, per quota, che è tipico della società o in genere dei contratti a struttura parziaria. Un caso identico, sotto quest'ultimo aspetto, è quello, ad es., degli ingegneri civili o degli architetti, di cui l'onorario, per il disegno e la direzione dei lavori di costruzione di una casa, consista solo in una percentuale determinata sulla spesa totale della costruzione.

Anche qui la forma di mercede apparentemente analoga a quella del contratto a tipo associativo non è che un modo di computo atto a proporzionare la mercede all'entità dell'opera, quindi per lo più alla quantità e all'importanza del lavoro speso. Qualche dubbio nasce a tutta prima pel contratto di arruolamento di marinai con partecipazione ai noli. Io credo che la partecipazione ai noli imprima carattere associativo ²⁾, perchè se i noli non sono il guadagno, sono però un elemento principe ³⁾ assolutamente aleatorio, aleatorio quanto alla formazione e quanto alla conservazione (in caso di naufragio o perdita della nave, art. 536). Quanto fu sostenuto in contrario ⁴⁾ in favore della tesi che qui sussista il tipo locativo assolutamente non regge all'esame critico; è vero che non vi è comunicazione delle perdite, che vi ha rapporto di subordinazione, che i marinai con partecipazione ai noli hanno privilegio sulla nave (art. 675, n. 7, C. comm.). Ma tutto ciò, come poi vedremo, è perfettamente compatibile colla struttura associativa.

In realtà non bisogna dimenticare che il guadagno proporzionale al prodotto del lavoro è veramente mercede ⁵⁾ con forma di cottimo.

¹⁾ Se la provvigione consistesse in partecipazione agli utili avremmo quel rapporto a struttura associativa incompleta che vedremo essere la associazione in partecipazione, non già un contratto di lavoro. Il commissionario, che è solo in rapporto coi terzi, è il socio palese. Così anche il CIVETTA, voce *Commissione*, in *Encicl. giurid.*, n. 20.

²⁾ In questo senso ASCOLI, *Commercio marittimo e navigazione*, cit., n. 455.

³⁾ L'art. 536 discorre di « noli guadagnati ».

⁴⁾ Dal PIPPA, *Trattato di diritto marittimo*, I, p. 536.

⁵⁾ È dunque parte del salario, cioè salario esso stesso. Veramente l'art. 10 legge franc. del 9 aprile 1898 sugli infortuni definisce il salario « toute remunération... ».

E per quanto si possa anche ammettere il concorso di elementi aleatori che alla signoria del lavoratore normalmente sfuggono nella formazione di questo prodotto (l'abbiamo visto in ispecie per il medico e per il viaggiatore di commercio), tuttavia occorre che si tratti sostanzialmente di un prodotto diretto dell'attività del lavoratore. Ciò che non è per i noli, che sono il risultato dell'attività dell'armatore, e solo indirettamente dell'equipaggio. Questo è un rischio che cade nella sfera dell'armatore e l'averlo esteso all'equipaggio vuol dire averlo associato a quel rischio.

68. Concludendo, nei casi che abbiám visto, diversi dall'arruolamento con partecipazione ai noli, il lavoratore rimane estraneo all'affare per cui dà la propria attività; non vi è interessato nel senso che non lo riguarda affatto se riuscirà bene o male; ma solo è interessato a che si formi, poichè è da ciò che dipende la sua retribuzione. Dunque siamo sempre nel territorio del contratto di lavoro, cioè di un contratto a base di scambio, con fondamentale antitesi tra le parti. Notiamo che non possiamo in favore di questa conclusione appoggiarci puramente all'art. 86, C. comm., pel quale « la partecipazione agli utili concessa agli impiegati o ad altri dipendenti della società per remunerazione totale e parziale dell'opera loro non attribuisce per sè sola ad essi la qualità di socio ». Vedremo più avanti che questo criterio negativo (non società) non conduce senza altro a quello positivo (locazione di lavoro): perciò era necessaria la dimostrazione che ne abbiamo tentata. È tanto vero che in quei casi vi ha contratto di lavoro, che ad es. la partecipazione supplementare ai profitti non impedisce ai lavoratori di scioperare per chiedere un aumento della mercede fissa, il cui tasso (si noti) risente per necessità della contemporanea concessione del supplemento: non è dunque tale partecipazione che valga a eliminare l'antagonismo. Il quale ad ogni modo è smussato alquanto, con questa forma di contratto di lavoro, che implica un parziale accostamento al tipo associativo secondo due differenti criteri. Infatti con essa secondo un primo e più frequente criterio si promuove nel lavoratore l'interesse all'abbondanza della produzione o al moltiplicarsi degli affari ¹⁾, quando il criterio variabile determinante della mercede è dato dal numero e dalla qualità delle opera-

exigible par l'ouvrier d'une manière régulière, fixe, obligatoire pour l'employeur... ».
 Ma aggiunge anche: «... toute prestation de ce genre dont l'ouvrier avait le droit de faire état dans son budget journalier, comme produit lui provenant de son travail ».

E qui rientra certo il di più riscosso sugli utili.

¹⁾ Con questo sistema si proporziona la retribuzione al rendimento del lavoro.
 Cfr. BERNHARD, *Handbuch d. Lohnungsmethoden* (1906), p. 81.

zioni ¹⁾ o dalla quantità di merce prodotta ²⁾; in quest'ultimo caso di solito è commisurato al di più di lavoro fatto oltre una certa media fissa, alla quale è proporzionata la mercede fissa. Oppure, secondo un altro criterio, si promuove nel lavoratore l'interesse al risparmio nelle spese di produzione (premi sul risparmio, ad es., nel combustibile per i macchinisti ferroviari). Nel primo caso il criterio variabile è commisurato al rendimento quantitativo, nel secondo al rendimento qualitativo del lavoro.

Ora: con questo sistema dei *premi* (è la « mercede progressiva » del Leroy-Beaulieu) non abbiamo veramente l'interessamento al risultato ³⁾ utile della gestione di questi prodotti o di questi affari, ma insomma

¹⁾ Ad es. dal numero delle contravvenzioni scoperte, per i guardiascchi o per certe categorie di guardie urbane, ecc. Non credo che anche la cosiddetta « sedia mobile » (*sliding seat*) cioè la mobilità delle mercedi a seconda dei prezzi di vendita sia in fondo una vera partecipazione ai benefici. Certo, qui il rialzo eventuale del prezzo di vendita è un sintomo normale di un aumento di profitti, ma può anche il profitto maggiore, cioè malgrado, mancare. Di tutte queste forme di mercedi progressive diremo più avanti dettagliatamente.

²⁾ Questo sistema di retribuzione, in cui vi è un limite minimo fisso, e il di più variabile secondo il principio del cottimo, è applicabile anche fuori del campo industriale o commerciale. Così è per gli ufficiali giudiziari, a cui, come già (p. 130) vedemmo, lo Stato assicura un minimo (art. 143 legge 21 dicembre 1902 sugli uffic. giudiz.), a cui si aggiungono le retribuzioni atto per atto pagate dai terzi, utenti del servizio dell'ufficiale giudiziario. E così è pure per gli impiegati dell'archivio notarile e per numerose altre categorie di impiegati che qui non occorre ricordare.

³⁾ Si tratta, ripeto, di lavoro a cottimo, di una forma di mercede a cottimo. Cfr. RÖHMERT, cit., pag. 52; BODEUX, *Etudes sur le contrat de travail* (1896), pag. 54. Non è però esatto, come asserisce quest'ultimo scrittore, che ogni cottimo sia partecipazione ai benefici. Il cottimo sarebbe limitato, a tutto rigore, al lavoro a cui si riferisce il premio. In pratica però non è nè possibile nè utile distinguere questo lavoro dall'altro, cui si riferisca la mercede fissa a tempo. Perciò (cfr. anche BERNHARD, *Die Akkordarbeit*, 1903, pag. 174) si può ritenere che a base della retribuzione solo parzialmente con partecipazione ai profitti sta il lavoro a cottimo, in considerazione del fatto che in questi casi, come l'esperienza insegna al creditore del lavoro, un minimo di rendimento il lavoro l'ha pur sempre (anche col rigoroso criterio del cottimo), cioè per la parte che corrisponde alla mercede fissa. Quanto alla utilità di questo modo di pagamento delle mercedi, avversato dalle unioni di mestiere (cfr. su ciò il paragrafo seguente, n. 82) così come è avversato il cottimo, non ci dovrebbe essere dubbio, se dimentichiamo le ragioni di tattica sindacalista. Tanto più se, come asserisce l'IZARR, *Méthode moderne de paiement des salaires*, pag. 4, con ciò certe ditte siano giunte a diminuire il costo della mano d'opera del 50 %. È in ciò appunto l'avversione sindacalista per questo modo di pagamento. Viceversa, appunto per ciò, questo salario progressivo (malgrado le maggiori comunicazioni amministrative quanto alla sua determinazione) non gode lo sfavore degli industriali. Cfr. però FOLLIN, *Le contrat de travail et la participation aux bénéfices* (1909), pag. 142 e seg., che condanna la pura partecipazione, ma non fa buon viso neppure a quella con mercede fissa.

è tanto che basta per la moltiplicazione di quell'elemento di successo che è l'abbondanza di produzione e di affari o la diminuzione del costo di produzione. In questi limiti e in questo senso è attenuata l'assoluta estraneità del lavoratore all'affare o allo scopo a cui l'altra parte intende far servire il lavoro. Si vuol attenuare quella che è una dannosa conseguenza di quell'estraneità ¹⁾ e ottenere invece, almeno in parte, il vantaggio proprio del tipo associativo: un maggior fervore di lavoro dato dalla subordinazione del guadagno all'utilità diretta di esso. In quei casi abbiamo ancora un contratto di lavoro, ma che si trova in quella zona estrema del contratto di lavoro che confina col contratto a struttura associativa ²⁾. Che poi questo elemento associativo dato dalla partecipazione, e non influente sul tipo del rapporto contrattuale, abbia però a influire plasmando a suo modo i rapporti scaturiti dal contratto di lavoro (si intende che mi riferisco solo alla disciplina giuridica del rapporto) non è questo il luogo di esaminare: ad es., può chiedersi se il lavoratore con partecipazione supplementare ai profitti abbia il diritto di controllare e verificare i registri, come, secondo molti, l'avrebbe il lavoratore a pura partecipazione. Mi affretto qui a soggiungere che l'opinione più comune è per la negativa.

§ 3. — Il lavoro nell'associazione e nello scambio.

Rapporti a struttura associativa imperfetta (partecipazione pura agli utili).

SOMMARIO: 69. La partecipazione del lavoratore al capitale e le « azioni del lavoro ». — 70. Il *Co-partnership*, e il progetto del Godart. — 71. La partecipazione pura agli utili, e la teoria del Crome. — 72. L'errore fondamentale di questa teoria. — 74. Se sussista antagonismo tra le parti. — 75. Tentativo del Crome per conciliare con questo rapporto l'assenza del rischio proprio dei rapporti a struttura di scambio. — 76. Il diritto di controllo del lavoratore. — 77. La colonia parziaria: controversie sulla sua natura giuridica. — 78. Non è contratto di scambio. — 79. Atteggiamento pratico della partecipazione pura agli utili. Perchè si addica meglio al lavoro autonomo (locazione d'opera). — 80. E alla colonia parziaria. — 81. La mezzadria e il bracciantato.

¹⁾ Il sistema della mercede fissa rende il lavoratore troppo estraneo all'azienda. Ciò è tipico del contratto di lavoro, ma d'altra parte c'è modo, come si vede, e come meglio si vedrà a suo luogo, scorrendo del modo di determinazione della mercede, di attutire l'asprezza di questo inconveniente. Cfr. DELLA VOLTA, *Forme del salario*, pag. 54 e seg.

²⁾ Il che prova ancora una volta come tra i vari tipi di negozio si possano, sì, tracciare linee divisorie, ma non così rettilinee da impedire bene spesso un vicendevole penetrare dell'uno nell'orbita dell'altro: ognuno dà all'altro quanto può perchè il tipo sostanziale sia rispettato; che se questo non è, abbiamo nuove formazioni, nuovi tipi, cioè contratti innominati.

- 82. Perché la partecipazione non incontra le simpatie della classe lavoratrice.
- 83. Cattiva prova di questo rapporto nella pratica industriale. — 84. Se le leggi sociali siano applicabili al lavoro nei rapporti a struttura associativa.
- 85. Se in un caso dubbio si debba ammettere il rapporto locativo oppure quello a struttura associativa.

69. In quanto precede è già implicitamente contenuta la dimostrazione della natura associativa, e non già di scambio, dei casi in cui il lavoratore partecipa al prodotto o al profitto (ciò che è lo stesso) ricavato dalla vendita del prodotto. Non è escluso che qui vi sia vero e proprio contratto di società, quando sussista tra le parti assoluta eguaglianza di diritti, coll'effetto della creazione a favore del socio di industria della comproprietà dei beni che sono oggetto del contributo sociale dell'altra parte ¹⁾. A ciò occorre che sia considerato il contributo sociale consistente in lavoro come eguale per importanza al contributo portato dal socio capitalista. È un'ipotesi contemplata anche nel nostro Codice civile (art. 1717), che, data la difficoltà di determinare il valore di questa attività di lavoro, a cui non corrisponde una mercede, data la struttura associativa del rapporto, la valuta come il minor contributo di capitale somministrato al patrimonio comune. Questa ipotesi non ci interessa.

In essa rientra parzialmente il caso di partecipazione al capitale ²⁾. Ai lavoratori dipendenti da un imprenditore, da un industriale, ecc. può esser concesso l'acquisto di quote del capitale. Per lo più si tratta di una società per azioni, una parte delle quali è gradualmente acquistata dagli operai come dagli impiegati (le cosiddette « azioni del lavoro »). È evidente che questa attribuzione è fatta a titolo di retribu-

¹⁾ Il LOTMAR pure, *Arbeitsvertrag*, I, p. 40, dà molta importanza all'« esservi o mancare una dichiarazione di volontà creante una comunione di beni ». Cfr. pure LANGLOIS, *Contrat de travail* (1907), p. 19.

²⁾ Partecipazione al capitale, si noti. Io qui non mi preoccupo delle aspirazioni di qualcuno a un integrale assorbimento dell'impresa per parte dei lavoratori: questo il PLENER, ad es. (*Ueber die Frage der Gewinnbeteiligung d. Arbeiter*, nei *Gutachten des Vereins für Socialpolitik*, Leipzig, 1874, p. 12) considerava, per verità non recentemente, come l'ideale cui deve tendere la remunerazione del lavoro nella scala ascendente dal trattamento familiare in natura sino alla partecipazione ai profitti, e a quell'assorbimento che il PLENER distingue dall'assegnazione delle azioni di lavoro. Osservo solamente che questo processo evolutivo dal salariato alla proprietà è un ideale di carattere generale, vero anche per il lavoro agrario. Ma mentre qui è un ideale forse più pratico che non si creda, se attuato con un savio spezzamento del latifondo (perchè si concepisce in molti luoghi la piccola proprietà coltivatrice), è invece un ideale molto lontano e sempre meno attuabile nel campo industriale: l'organizzazione industriale non si concepisce oggi che su vasta scala e richiede una quantità di doti di accortezza, di energia, ecc. (tanto più col crescente tecnicismo industriale) che l'operaio, poco amante dei rischi (assai minori per la gestione agraria), non possiede.

zione del lavoro: quasi sempre, dove ha luogo, non da sè sola, ma a integrazione di una mercede fissa. Ed è pure evidente che essa implica un forte e completo elemento associativo: infatti vi ha partecipazione al capitale con diritti perfettamente eguali a quelli concessi ai soci azionisti. Ora, non è molto chiaro a tutta prima come si debba ricostruire giuridicamente questa situazione.

Secondo una prima opinione, data l'ipotesi, che io credo praticamente poco verosimile, che il lavoratore riceva, come guadagno del suo lavoro, azioni puramente, sarebbe da ritenere che qui si deve far ricorso al contratto di lavoro. Qui infatti (si dice) vi sarebbero due fasi e due rapporti. In una prima un vero contratto di lavoro, in cui la mercede sarebbe rappresentata dal valore economico delle azioni del lavoro, e dalla prospettiva di guadagno che esse rappresentano; nella seconda un rapporto di società, che nascerebbe in conseguenza dell'acquisto di quelle azioni. Per cui si avrebbero, con questa teoria, due rapporti concorrenti: contratto di lavoro, o meglio il rapporto di scambio scendente dal contratto di lavoro, e il rapporto sociale, quale scende da un vero contratto di società. Adunque scambio e cooperazione contemporaneamente, a differenza del cosiddetto socio di industria. Ma tutto ciò non è che una illusione⁴⁾: in realtà questo lavoratore non si distingue dal socio di industria se non in ciò: che al lavoratore, nel caso nostro, è offerto il modo di diventare anche socio capitalista. E infatti io propendo a credere assai meno fondata questa opinione che non l'altra, per la quale vi sia, qui, puro e semplice rapporto associativo pienamente evoluto. E infatti si tratta di una mercede speciale, in cui il vantaggio è rappresentato da una cifra variabile e aleatoria, che può essere ridotta a zero, cioè non è più una mercede, ma una partecipazione alle vicende dell'azienda. L'equivoco nasce dall'attribuzione fissa di un numero determinato di azioni per ogni quantità di lavoro (a tempo, o a cottimo) fatto, e che dà l'idea a tutta prima di uno scambio. Ma l'azione non rappresenta un valore attuale se non in base alla aspettativa del dividendo, cioè alla fiducia nelle sorti dell'azienda sociale: la attribuzione di azioni non è insomma che l'accollo dei rischi dell'azienda. In realtà io non so capire come si debba vedere, per il periodo di lavoro anteriore all'attribuzione delle azioni una relazione antitetica, qual'è quella del salariato, tra lavoratori e azienda sociale, dal momento che i lavoratori sanno di non

⁴⁾ Il caso è molto diverso quando il creditore del lavoro dà a titolo di retribuzione azioni di una società a cui il lavoratore sia estraneo. Qui non vi ha più lavoro per quel medesimo scopo cui il creditore tendeva col suo contributo in quota di capitale azionario, perchè sono due cose completamente distinte lo scopo a cui il lavoro è destinato, e quello a cui sono destinate le azioni. Qui sì l'opinione dei due rapporti, autonomi, è verissima.

avere un interesse immediato e proprio opposto a quello della società. Questo primo periodo è un periodo preparatorio in cui vi ha già una cooperazione di forze che riceverà l'impronta di un suggello ufficiale quando saranno consegnate le azioni.

Il dubbio può nascere, tuttavia, quando il lavoratore riceva anche una mercede fissa: allora abbiamo, almeno a prima vista, due rapporti: di scambio e di cooperazione ¹⁾. La situazione è però tale che io qui non mi sentirei di fare di queste azioni del lavoro senz'altro e in qualunque caso un di più variabile, come per la partecipazione ai profitti concessa oltre la mercede fissa ²⁾. Infatti la concessione di azioni investe il concessionario della qualità di socio, come quegli che con ciò partecipa al capitale dell'azienda. E d'altra parte bisogna anche considerare che la somma fissa pagata ai lavoratori non può essere considerata per sé come mercede, non essendone caso mai che una parte, che va integrata col valore delle azioni. Io credo che se questa parte fissa è considerata come un'appendice alle azioni, cioè se l'elemento fondamentale è dato da queste ultime vi sia società; la somma fissa pagata a ciascun lavoratore non sarebbe che un soccorso prelevato sugli utili, quindi rappresenterebbe una diminuzione del rischio, di quel rischio a cui così mal volentieri si espone il lavoratore tecnicamente subordinato. Se invece le azioni sono un'appendice, vi sarebbe vero contratto di lavoro in cui la mercede è variabile nell'ammontare secondo il valore delle azioni: la qualità di socio, corrispondente a queste ultime, sarebbe qui, a differenza del caso di compenso pagato interamente in azioni, una pura sovrapposizione al rapporto scendente dal contratto di lavoro. Io non mi sentirei quindi di sostenere, come sostiene invece il Bellom ³⁾, che queste azioni (tanto meno poi se il compenso consta solo di azioni) lascino completamente salvo il regime di salariato. È tanto vero, che il progetto francese concede ai lavoratori di partecipare alle assemblee, di far parte del Consiglio di amministrazione, ecc.

Che poi questo sistema sia pratico, ho i miei bravi dubbi. Anche qui, come per altre ragioni nella pura partecipazione ai profitti, sussiste un ibridismo di scambio e cooperazione che renderà poco simpatico

¹⁾ Come è noto questo concetto delle azioni del lavoro, caldeggiato dall'ANTONELLI (*Les actions du travail*) e dal GRANIER, è stato accolto in un progetto di legge francese del 19 maggio 1913 sulle società per azioni a partecipazione operaia, collo scopo di dare agli operai il senso della responsabilità, e una remunerazione adeguata del loro lavoro.

²⁾ Cfr. sopra, n. 65 sg.

³⁾ Nel *Bulletin de la participation aux bénéfices*, 1913, p. 153. Il BELLOM avrebbe desiderato nel progetto la dichiarazione che questa accessione del lavoratore alla società non modifica per nulla le relazioni esistenti tra lui e la società in virtù del contratto di lavoro.

il sistema ai lavoratori e agli industriali ¹⁾. Ai lavoratori, perchè non amano il rischio; agli industriali, perchè non desiderano affatto che chi essi considerano, a torto o a ragione, come dipendente o salariato, si ingerisca nella direzione dell'azienda; tanto più quando, com'è nel progetto francese, le azioni di lavoro sono attribuite non già agli operai o impiegati nominativamente, ma alla collettività o al sindacato addirittura ²⁾.

Infatti secondo il progetto proposto in ispecie dall'Antonelli ³⁾ le azioni del lavoro, nominative e intrasmissibili, spetterebbero non agli operai individualmente, ma bensì alla collettività operaia dell'officina di cui si promuoverebbe la erezione in ente morale. Sarebbe dunque l'associazione di questa collettività all'impresa in forma di società anonima. Le azioni appartengono alla collettività, che può disporne sia distribuendole agli operai, come devolvendole a casse di soccorso, ecc. Con questo mezzo, evidentemente, si ritenne fosse risolta quella che era la difficoltà più grave da superare; la miscela (sovrapposizione, subordinazione, coordinazione?) nella stessa persona (di ciascun operaio) delle due qualità di socio e di locatore d'opere. Per tal modo l'imprenditore, nei rapporti di lavoro cogli operai, non avrebbe a che fare che con subordinati: non essi, ma la lega operaia essendo socia dell'impresa ⁴⁾.

Io dubito che questo sistema possa rimuovere le difficoltà; gli operai sono giuridicamente subbietti diversi dalla lega eretta in ente morale, ma ne costituiscono quel substrato animatore che è la collettività dei membri. E infatti ciascun operaio acquista i diritti sociali dei membri di una corporazione (cioè di una società anonima, come è nel caso nostro): diritto di partecipare alle assemblee, ecc. Ora, di fronte a ciò asserire la piena libertà nell'impresa di congedarli, di promuovere la modificazione del salario, ecc. è vero teoricamente, ma lo è forse meno in pratica.

70. Questo sistema rappresenterebbe ad ogni modo il sistema intermedio tra altri due. All'uno di essi è sostanzialmente informato il *Co-partnership*. In questo sistema le azioni del lavoro sono direttamente attribuite a ciascun operaio, costituendo così un modo di accensione individuale di ogni operaio all'impresa. Sono però azioni di

¹⁾ Il *Bulletin* cit., p. 52 si è pronunciato contro quel progetto: che infatti, che io sappia, è rimasto allo stato di semplice progetto.

²⁾ Il GODART ha proposto azioni non di proprietà, ma di godimento. *Bulletin*, cit., p. 52.

³⁾ ANTONELLI, *Les actions de travail dans les Sociétés anon. à participation ouvrière*, Paris, 1912. Ma l'ANTONELLI ne aveva già prima lanciata l'idea, in unione al PARSONS, in *Revue*, 15 maggio 1909.

⁴⁾ L'ANTONELLI ammette senz'altro che con ciò l'operaio non sarebbe che un subordinato, salariato. Cfr. *Les actions*, cit., p. 30.

piccolo taglio (per lo più da 25 lire), nominali e incedibili se non con date-forme; infine impignorabili ¹⁾. La formazione di queste azioni sarebbe però obbligatoria, mentre nel sistema del progetto francese sarebbe puramente facoltativa. L'altro sistema è del Godart, che ha proposto e depositato alla Camera francese un progetto di legge con cui si rende obbligatoria a ogni società anonima la costituzione di un fondo di riserva sugli utili per ammortizzare un dato numero di azioni; per ognuna delle quali sarebbero poi lanciate due azioni di godimento, l'una rimessa al portatore dalla vecchia azione, e l'altra rimessa nel complesso delle azioni di lavoro o meglio di godimento del lavoro che spetteranno alla classe operaia della regione, rappresentata da un organismo nazionale (la Cassa nazionale di credito del lavoro) che gestirebbe il fondo di quelle azioni ²⁾.

Comunque, su questi sistemi di partecipazione al capitale (tranne per il *Co-partnership*) non si può dare che un giudizio astratto, perchè in pratica non hanno finora avuto che parzialissime applicazioni: alquanto più frequente è invece l'acquisto per parte di operai di azioni estranee all'impresa per cui lavorano. Per conto mio, benchè io creda, col Manara (che tra noi ha vigorosamente sostenuto questa tesi) ³⁾ che le « azioni del lavoro » siano ammissibili nel nostro sistema legislativo, mi permetto di rimanere alquanto scettico sul valore pratico di questo sistema, come modo di attutire l'asprezza della lotta tra chi lavora e chi riceve il lavoro. Il che non toglie che io mi auguro fervidamente con Aristide Briand (non è, dunque, tattica sindacalista!) che si trovi in avvenire, dall'iniziativa privata più che da un intervento legislativo ⁴⁾ (il quale potrà al più disciplinare, ma non mai rendere coercibile questo sistema delle « azioni del lavoro »), il modo di avvicinare saldamente capitale e lavoro, in modo da assicurare anche ai lavoratori eguaglianza di diritti, in proporzione del contributo, e nei limiti consentiti dal necessario rapporto di subordinazione tecnica che non può mancare tra i dirigenti della società e i lavoratori. È qui il pomo della discordia: la necessità di coordinare l'eguaglianza tra soci con questa subordinazione indispensabile a un siffatto organismo di produzione ⁵⁾. Ma a ciò occorrerà un'ele-

¹⁾ Per questo sistema di azioni del lavoro fu escogitato lo strano vocabolo di « proprietismo ».

²⁾ Cfr. ANTONELLI, op. cit., p. 38.

³⁾ *Società ed associazioni commerciali*, I, (1902), pag. 211 e seg. Il MANARA si può a buon diritto considerare come il pioniere nell'illustrazione di queste « azioni del lavoro ».

⁴⁾ Contro l'intervento legislativo anche HAYEM, cit., p. 26.

⁵⁾ Si noti che qui non siamo di fronte a una cooperativa di produzione, per la quale questo problema sarebbe più semplificato, benchè non sia interamente eliminato.

vazione intellettuale delle classi lavoratrici. Questo è il problema che più urge ¹⁾.

71. Prescindendo dunque da questa forma tipica di partecipazione che è la partecipazione al capitale, il dubbio, quanto all'assegnazione al contratto di lavoro o al contratto di società sussiste ancora a proposito di certi rapporti in cui, almeno a tutta prima, non si sa scorgere questa eguaglianza di posizione ²⁾ che fonde e affratella veramente (*jus quodammodo fraternitatis*) il lavoratore e il capitalista, in cui invece il lavoratore assume una posizione subordinata, è sottoposto alla direzione tecnica per parte del capitalista, pur non essendo remunerato con una mercede fissa, ma avendo puramente diritto alla partecipazione al prodotto ricavato dal connubio del lavoro col capitale. Io non ho bisogno di ricordare come nel campo industriale questo rapporto sia attuato colla partecipazione agli utili concessi ai lavoratori in luogo di salario o mercede fissa. E si intende pure che qui alludo alla assoluta mancanza di una mercede fissa; se vi è, l'eventuale partecipazione agli utili non è che una appendice aleatoria e variabile alla mercede, e certo non è tale da snaturare il tipo del contratto, in cui l'antagonismo di interessi è messo in plastica evidenza dalla retribuzione, costituente un minimo fisso garantito al lavoratore indipendentemente dai risultati della azienda; è quindi un'ipotesi che non ci interessa qui ³⁾.

In un altro terreno ancora troviamo un esempio molto noto del rapporto in esame: in materia di lavoro agrario; alludo alla colonia parziaria. Si può dire anzi (e ne vedremo poi le ragioni) che è questo solamente l'esempio vivo e fecondo di insegnamenti su questo argomento. E la dottrina non si è preoccupata di questo problema, se non a proposito di questo rapporto. È noto che variano le opinioni in proposito alla natura della colonia parziaria; vi è chi ne fa una società, i più la confinano nel tipo della locazione (di cose: qui la colonia si stacca dal lavoro industriale), di cui sarebbe puramente una

¹⁾ Il ROME, *Le contrat collectif et les Syndicates professionn.*, 1906, ammette azioni del lavoro, consistenti in un titolo personale (nominativo) rappresentante una quota degli utili, annuale, in ragione di ogni giornata di lavoro. Naturalmente con conseguente diminuzione del salario. Questa, in fondo, non è se non la partecipazione ai profitti, in cui però alla quota assegnata è impressa la destinazione obbligatoria di partecipazione al capitale.

²⁾ Cfr. BARASSI, *Istituzione di diritto civile* (1914), p. 404. Il COSTA (E.), *Conflitti ed alleanze*, ecc. preferisce questa partecipazione alla partecipazione ai profitti, p. 101, ma anch'egli conviene che essa « presuppone uno stadio economico ideale in cui vi abbia una completa eguaglianza di diritti, e siano cessate le più crude diseguaglianze di fatto ».

³⁾ MASSÉ, *Législation du travail et lois ouvrières*, 1904, p. 52.

modificazione non alterante il tipo sostanziale, misto di locazione e di contratto di lavoro ¹⁾).

Nessuna di queste opinioni mi convince. Io credo che sia qui, come in tutti gli altri casi affini di lavoro industriale aspirante puramente alla partecipazione del prodotto (o degli utili), e cioè che non vi sia una società, ma neppure un contratto di scambio, in cui domini giuridicamente l'antitesi tra le due parti. E qui debbo riferirmi specialmente alla conclusione cui è pervenuto il Crome, nella sua interessantissima e acuta, sebbene nei risultati non interamente persuasiva disamina dei « negozi giuridici parziari » ²⁾. Secondo il Crome questi negozi non sono contratti di società, e fin qui siamo d'accordo; il Crome si ispira specialmente alla mancanza dell'*animus contrahendae societatis*, sul qual proposito, o meglio sulla reale giuridica natura del quale io dissento sia dal predetto scrittore, come dai più ³⁾. Non sono società, dunque, pensa il Crome, si ricade nei contratti di scambio; il contratto dei lavoratori con pura partecipazione ai profitti è contratto di lavoro; la colonia parziaria è locazione di cosa, l'uno e l'altra con un proprio particolare atteggiamento in quanto la remunerazione del lavoro o il prezzo del godimento della terra assumono una forma che ha per risultato di avviare anche giuridicamente capitale e lavoro su binari paralleli, dando ad essi, fino a un certo punto, la medesima meta. Con quella forma il lavoratore non mira che a guadagnare di più, se gli affari vanno bene. La partecipazione al prodotto è *loco mercedis* ⁴⁾: essa ha per effetto di smussare la tendenza unilateralmente capitalistica o individualistica di certi tipi autonomi di negozio giuridico, adattandoli alle esigenze di una maggior giustizia distributiva tra lavoro e capitale. Il negozio parziario è dunque una specie nel genere: nel campo industriale una specie del genere contratto di lavoro; nel campo agrario una specie nel genere locazione di cosa ⁵⁾.

¹⁾ Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Loc.*, n. 339; COVIELLO, *Caso fortuito*, pag. 373; MARCADÉ all'art. 1763, BOURGUIGNANT, *Droit rural*, n. 508; LATREILLE, *Revue critique*, 1864, 25, pag. 392 e seg. Cfr. pure le citazioni appresso, n. 77.

²⁾ *Die partiarischen Rechtsgeschäften nach römischen und heutigem Reichsrecht nebst Beiträge zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge*, Freiburg, 1897. Il LOTMAR, che su questo argomento non si diffonde, aderisce al concetto del CROME di una locazione d'opere o d'opere quotali (contratto di lavoro parziario). *Arbeitsvertrag*, I, p. 40-41.

³⁾ Un cenno veggasi nelle mie cit. *Istituzioni*, p. 404, nota 1.

⁴⁾ Anche per il FOLLIN, *Le contrat de travail et la participation aux bénéfices*, p. 138 è una specie di salario. Eppure le difficoltà che il FOLLIN constata avrebbero dovuto fargli capire che dunque non si tratta di una pura mercede.

⁵⁾ Op. cit., p. 27-29.

Questo è il pensiero fondamentale del Crome ¹⁾, il quale ne vede la riprova nel persistente antagonismo tra lavoratore o colono parziario e capitalista: il contratto lo attenua, ma non lo elimina. Ma la dimostrazione che ne dà non mi è sembrata esauriente: anzi, mi è parso che una parte degli argomenti si ritorca contro la sua tesi.

72. Comincio intanto dall'osservare che l'errore più grave commesso dal Crome, e con lui dal Lotmar, a mio avviso fu di esser passato di colpo, senza transizioni, dalla società — espressione esclusiva del fenomeno cooperativo — allo scambio. Società, si dice, non vi è; vi è invece scambio di beni tra le parti ²⁾. Ma la verità è che il fenomeno della cooperazione a uno scopo comune può essere attuato con varie gradazioni di intensità, quanto alla fusione, all'affratellamento delle forze e alla conseguente eguaglianza di posizione delle parti che concorrono al medesimo scopo. È certo che si può dare cooperazione di forze (di capitale e di lavoro), non nel senso largo e improprio che sopra abbiamo rifiutato, e che fu sostenuto pel contratto di lavoro in genere, ma in senso proprio e giuridicamente esatto, perchè rispondente alla realtà economica, anche che manchi l'assoluta *fraternitas* che caratterizza tipicamente il contratto di società. Del resto questo rapporto a tipo associativo, che però non è società nel senso tecnico della parola, è stato disciplinato nella « associazione in partecipazione », di cui agli art. 233 sg. C. comm.: le oscillazioni nella dottrina circa la natura di questo rapporto indicano appunto la necessità di porlo accanto alla società, senza fonderlo con essa ³⁾. In realtà è qualcosa meno della società, perchè non vi è eguaglianza di posizione nelle parti; vi è l'esclusiva ingerenza di una di esse (l'associante) nella gestione dell'affare comune; pei terzi non esiste che questo associante; il rapporto associativo è dunque cosa puramente interna, tal quale come per la partecipazione agli utili dei lavoratori. Cosicchè, mentre in realtà tra le parti, l'affare è comune, di fronte ai terzi l'associante *totius negotii dominus efficitur* ⁴⁾. È tal quale (salvo le differenze che

¹⁾ Ed è pure il pensiero di tutti coloro che, come anche il LANGLOIS, op. e l. cit., il FOLLIN, op. cit., p. 148 e altri, dovendo schivare la società, non sanno che precipitarsi nel contratto di lavoro. C'è subordinazione dice il LANGLOIS, dunque non c'è società, dunque c'è contratto di lavoro. Questo è semplicismo giuridico.

²⁾ Esplicitamente a pag. 148.

³⁾ Come invece il FAGGELLA vorrebbe fare, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 501.

⁴⁾ Se l'affare appartiene (di fronte ai terzi) unicamente al creditore del lavoro, è a lui che spetta interamente il guadagno, di fronte ai terzi: nei rapporti col debitore del lavoro occorre procedere alla divisione. Un esempio scelto dal LOTMAR rende evidente questa situazione: se A commette a B la costruzione di una casa, e a B spetterà $\frac{1}{3}$ del prezzo di vendita che ricaverà A a casa finita, vi ha, secondo il LOTMAR, contratto di lavoro parziario, secondo me un rapporto a struttura associativa puramente interna, come è nell'associazione di partecipazione, se B riceverà

poi segnaleremo) come per il caso nostro: un rapporto associativo attenuato ¹⁾, puramente interno, e senza la comunione dei beni destinati al raggiungimento del fine sociale (art. 236) ²⁾.

In questo tipo di rapporto si capisce che assume maggior rilievo la visione del proprio egoistico tornaconto, che del resto (si noti bene) non manca nella società, e sopra l'abbiamo rilevato: la cooperazione, dicemmo, non è che mezzo per l'attuazione di scopi egoistici o individuali (prescindiamo qui dalle forme di « associazione » a base prevalentemente o anche esclusivamente altruistica) ³⁾. Anzi questo interesse personale, che è la ragione della cooperazione, pervade e concorre a disciplinare il mezzo associativo scelto per la sua attuazione. Questo è vero per la società in cui tuttavia la fusione degli sforzi individuali è completa; lo è tanto più laddove questa fusione sia meno intensa; qui, ripeto, lo sfondo egoistico dell'interesse delle parti si accentua ⁴⁾, e l'antagonismo, non interamente eliminato dalla non completa fusione delle forze, fa capolino. Esiste un rapporto di subordinazione (se non si tratta di lavoro autonomo) di chi dà le sue energie di lavoro all'altra parte, subordinazione che a mio avviso non è limitata dal carattere associativo, fino al punto da essere impedito il licenziamento del lavoratore: chè in sostanza questo non sarebbe se non scioglimento della associazione per recesso di uno dei membri ⁵⁾.

il terzo che gli spetta da A, a cui quindi l'acquirente deve versare tutto il prezzo d'acquisto. Si capisce che se B ha diritto al suo terzo verso l'acquirente direttamente, l'affare è comune anche a lui (di fronte ai terzi), e allora vi ha vera e propria società, in cui l'uno contribuisce col capitale, l'altro col lavoro alla costruzione di una casa. Cfr. pure sopra, p. 190.

¹⁾ Anche il VIVANTE ammette che l'associazione in partecipazione non abbia se non una stretta analogia colla società.

²⁾ In realtà non abbiamo qui che una semplice partecipazione agli utili (MARGHERI, *Il cod. di comm. ital.*, III, n. 900; FAGGELLA, cit., p. 501.

³⁾ BARASSI, *Istituzioni di dir. civ.*, p. 406.

⁴⁾ Un indice mi pare la disposizione dell'art. 236 Cod. comm., per cui i partecipanti possono stipulare che nei rapporti interni coll'associante le cose da essi fornite siano restituite in natura, salvo in difetto il risarcimento dei danni. Meglio ancora la disposizione di cui agli art. 673 n. 3, e 675, n. 7, che concede il privilegio sui noli o (per l'ultimo viaggio) sulla nave a favore dei crediti delle persone componenti l'equipaggio quanto ai « salari, emolumenti o indennità ». Locuzione ampia comprendente anche il guadagno per partecipazione ai noli o al profitto. Ora, questo privilegio non è incompatibile affatto (come fu preteso invece dal PIRIA, *Tattato di dir. maritt.*, I, p. 536) col tipo associativo; ma è certo un'affermazione più energica di quella latente parziale antitesi, che è data dalla non perfetta, completa eguaglianza tra le parti, in questa categoria di rapporti.

⁵⁾ È un errore quindi dire che colla partecipazione ai profitti con mercede fissa il padrone dell'azienda conserva il diritto di congedare, quasi che il recesso fosse escluso colla partecipazione pura (salvo sempre che sussista un termine contrattuale). Così ragiona ad es. il BÖHMERT, op. cit., p. 139, 144. È però anche vero che il

In ciò il rapporto associativo e di scambio coincidono. Eppure ciò non impedisce affatto il fenomeno delle forze parallele verso una meta unica.

Ma a questo punto mi si permetta una parentesi, per fare subito una dichiarazione che ha, per il giurista, un'importanza fondamentale. Ho detto che siamo qui di fronte a un tipo di rapporto a struttura associativa, che non è società, ma che esce certamente dai rapporti di scambio. Un tipo, dunque, autonomo di contratto, della cui importanza, come categoria autonoma, il legislatore, e forse fin qui la stessa dottrina, non hanno avuto intera coscienza. Però è bene aggiungere (e la trattazione che segue spero riuscirà a dimostrarlo) che si tratta di un tipo di carattere ambiguo a contorni non assolutamente netti e decisi e fissi, come è per altri tipi che dal diritto romano ad oggi sono vissuti e vivranno ancora. Infatti la compra-vendita, la locazione, la società sono tipi immutabili nella loro struttura generalissima, e rimangono quindi invariati col variare del contenuto, e malgrado le modificazioni che il tempo vi apporta: sono insomma tipi a struttura costante; però, coll'intesa che le loro linee fisionomiche sono così latamente determinate da prestarsi a contenere le successive modificazioni che i bisogni moderni vi hanno apportato.

Non è così invece per il tipo associativo che stiamo studiando. Esso è costituito da rapporti che sono in pieno processo formativo, quindi rappresenta una fase intermedia che può essere destinata a scomparire più o meno presto. Si vegga, ad es., la mezzadria. Vedremo che essa appartiene a questo tipo di rapporto; ma ciò è vero limitatamente alla forma di mezzadria quale oggi ancora prevale nella maggior parte delle regioni, e in cui è ancora più o meno vivo qualche residuo dell'antica soggezione servile o feudale, tanto che basta per imprimere quel rapporto di subordinazione che basta per eliminare l'egualianza tipica della società. Ma ciò prova che da un tempo ad oggi il rapporto si è evoluto; e oggi ancora il processo formativo non è ancora chiuso, ma tende a progredire col cadere di quegli ultimi residui medioevali, collo scomparire delle osservanze, del giogatico, delle opere personali (o giornate padronali); è un'ascensione continua che

recesso in un rapporto di scambio non è esattamente il recesso in un rapporto a struttura associativa; benchè, in fondo, il principio regolatore sia unico. E cioè data l'onerosità del rapporto in ambo i casi, occorre che il recesso sia accompagnato da un regolamento degli interessi patrimoniali che erano in gioco, cioè ad attuare i quali le parti avevano stipulato il contratto. Ma appunto il modo può variare per i due tipi di rapporto, specialmente considerando che l'affare può essere del recedente o interamente (nel contratto di lavoro), o in prevalenza, ma in prevalenza solamente, non totalmente, nel rapporto a struttura associativa.

col tempo porterà a una completa parificazione di diritti tra le parti ¹⁾: e allora il mezzadro, che sia intelligente, fornito di capitali, audace sarà davvero socio del proprietario; allora, chissà, può anche essere che il perno della direzione nella gestione agraria si trasporti dalla proprietà al mezzadro.

D'altra parte non si esageri neppure quanto al carattere transeunte di questi rapporti: il coltivatore intelligente, fornito di capitali, ecc., rimarrà proprio mezzadro, o si trasformerà in affittuario? L'affitto rappresenta un progresso nell'evoluzione dei rapporti tra il proprietario e il mezzadro coltivatore; è la forma tipica di gestione agraria accentrata nel coltivatore. Ed ecco che in tal caso, lo scomparire dell'attuale forma di mezzadria, darà luogo alla mezzadria-società per poco, perchè vi subentrerà facilmente l'affitto.

Ad ogni modo tutto ciò è tanto che basta per giustificare la grande difficoltà di questo argomento, che noi qui trattiamo unicamente perchè ne derivi maggior luce al nostro « contratto di lavoro ».

73. Tornando a quanto dicevamo, è certo che in proposito il dilemma è assolutamente invincibile: o il lavoratore conserva, nella struttura giuridica del rapporto, il suo fondamentale antagonismo col capitale, e allora necessariamente si deve ritenere che egli si mantenga estraneo, appunto perchè ostile, allo scopo cui mira il capitalista; estraneo affatto, perciò, al risultato della produzione. Ma se ciò non è, se egli pure partecipa alla divisione del prodotto (o del profitto mercè esso ricavato), se non si mantiene estraneo allo scopo cui mira il capitalista, vuol dire che quest'ultimo e il lavoratore non si trovano l'uno di fronte all'altro, ma l'uno accanto all'altro nell'atteggiamento di chi persegue uno scopo comune ²⁾. E allora non vi è scambio, ma cooperazione. Di fronte alla logica stringente di questo dilemma non valgono le considerazioni del Crome. Per lo più, scrive ³⁾, vi ha una combinazione di interessi diametralmente opposti che cercano di accordarsi; ma ognuno vuol guadagnare il più possibile e magari, se lo potesse, ad esclusione dell'altro. E ciò sarà vero nelle aspirazioni di ognuna delle parti: anzi lo è per qualunque caso, anche il più tipico, di società (si intende sempre che prescindendo dalle « associazioni », di carattere filantropico, ecc.). Qual'è quel socio che è in cuor suo contento di rilasciare una parte degli utili agli altri colleghi?

¹⁾ Se ne è visto un rinesso nella proposta conciliatrice avanzata da qualcuno in seno alla Commissione per l'inchiesta sui conflitti agrari in Romagna (Relazione Roma, 1911, p. XLVIII), circa la somministrazione della trebbiatrice (al proprietario la scelta del tipo, al colono fornirlo).

²⁾ Come si legge nel *Dictionnary of political Economy* (1913), di R. H. INGLES PALGRAVE, alla voce *Profit-Sharing*, il lavoratore si pone a fianco dell'imprenditore.

³⁾ Op. cit., p. 147.

L'istinto rapace ed egoistico è in fondo ad ogni anima di socio speculatore. Ma siccome a questo istinto non è libera la via, ognuno cerca di attuarlo... con uno scambio di beni? Ma no: proprio colla divisione del prodotto ottenuto coll'accommunamento degli sforzi.

Insomma, qui il lavoratore ha un diretto interesse al risultato dell'impresa, in quanto, come è per il socio, da esso dipende il suo guadagno. È su questo suo interessamento che il creditore del lavoro fa assegnamento per spronarne lo zelo e l'attività¹⁾, ed è questa contessenza una caratteristica, come sopra vedemmo, di tutt'altro rapporto che di quello scendente dal contratto di lavoro²⁾. Il Crome lo chiama: mercede³⁾. Ma la parola non altera la sostanza del concetto. E anche questo il guadagno, incerto, in vista del quale il lavoratore si è sobbarcato all'onere del lavoro (l'onerosità sopra accennata); questo concetto, vero per la nostra tesi (onerosità-cooperazione) come per quella del Crome (onerosità scambio), può spiegare come allo stesso fatto si sia potuto dare una diversa interpretazione, chiamando mercede quella che per noi è quota del prodotto ottenuto dalla associazione degli sforzi⁴⁾. Non è mercede, perchè può esser ridotta a zero, se il risul-

¹⁾ Il lavoratore non interessato allo scopo del lavoro è assai meno attivo e zelante, come si capisce, di chi dà le proprie energie per un interesse anche proprio. NITTI, in *Riforma sociale*, 1895, pag. 21-22. Questa è la ragione sociale di questa forma di rapporto.

²⁾ Non può essere qualità compatibile con un contratto di scambio. Così è ad esempio pel mutuo ad interesse, in cui vi ha scambio dell'uso di capitale contro denaro. Non so capire come il MANARA ritenga possibile che il mutuo ad interesse assuma la forma di società, se vi è l'*affectio societatis* (*Società ed associazioni commerciali*, I, pag. 333). Ma il mutuante è sempre estraneo allo scopo che il mutuuario intende raggiungere; tant'è che l'interesse r'mane invariabile qualunque sia il risultato che il mutuuario ha raggiunto. Invariabile è perciò in misura spesso più bassa di quella cui può arrivare il dividendo di un'azione, cioè la partecipazione agli utili. Ma questo è aleatorio; l'interesse no: tal quale come per la mercede e la partecipazione agli utili.

³⁾ Anche per il CONRAD, *Grundriss*, I, p. 317, il guadagno fatto dal lavoratore a pura partecipazione non è che forma di mercede. Ma il CONRAD parte dal punto di vista suo (cfr. sopra, pag. 143) per cui la mercede non è che indennizzo per la spendita di lavoro. Nel senso da noi propugnato ZWIEDINEK, *Beiträge*, p. 6. In un senso lato del resto, e non tecnico, anche la divisione degli utili può essere considerata come retribuzione del lavoro; ciò specialmente dal punto di vista da cui si è collocato il PANTALEONI: il socio d'industria vede nel riparto degli utili il compenso delle proprie fatiche. Ma sarebbe la stessa latitudine di concetti di chi vedesse una retribuzione del lavoro dell'imprenditore nel profitto ad esso devoluto.

⁴⁾ Anche l'art. 86 C. comm. chiama « remunerazione » quella che non è se non quota parte degli utili. Non si vede però qui un indice che dunque questo guadagno non è che in relazione di scambio col lavoro, come lo è la mercede. Il sistema nella legge è più forte di qualunque denominazione che tradisca un eventualmente erroneo concetto dogmatico personale ai compilatori della legge. Del resto « remunerazione » può intendersi in senso ampio, come guadagno ottenuto

tato del connubio di lavoro e capitale è nullo: conseguenza che presuppone il rischio accollato anche al lavoratore e che, come abbiamo sopra dimostrato, è assolutamente estranea al contratto di lavoro; conseguenza che non si intende allorquando il rischio, come è per la locazione d'opera, in cui il lavoro è autonomo, è a carico del lavoratore; e che tanto meno, perciò, si può ammettere quando — come è per lo più il caso trattandosi di questo connubio del capitale col lavoro — il lavoro è subordinato alla direttiva del capitalista.

75. Ed è appunto qui che la tesi del Crome viene ad infrangersi. Se proprio è contratto di lavoro, pensa giustamente il chiaro giurista, è giusto che il rischio non sia accollato sulle spalle del lavoratore (posto sempre che si tratti di locazione d'opere: il Crome si riferisce appunto a quella che egli chiama: locazione di servizi quotate). E va benissimo: ma come si concilia questo con la forma di guadagno attribuita al lavoratore, che in questo caso consiste nella divisione del prodotto, se vi è? Evidentemente una conciliazione non è possibile: o l'una cosa o l'altra, ma fonderle e metterle d'accordo supera la forza di ragionamento di qualsiasi giurista. Per il Crome invece, che si colloca decisamente dal lato del contratto di lavoro, pur trattandosi di un rapporto a struttura associativa, e cioè che ha creduto con ciò di conciliare le due cose, è perfettamente proponibile il problema circa la possibilità di attribuire un guadagno che diritto ed equità (sono parole del Crome) attribuiscono in tal caso al lavoratore, anche se il risultato attivo dell'impresa sia nullo.

Ora, la conciliazione si può dare solo a patto di eliminare nella sua purezza sia il sistema della mercede quantitativamente determinata, sia quello della divisione del prodotto: quando cioè, come già fu rilevato, al lavoratore, oltre a una partecipazione agli utili, sia stato anche determinato un minimo di guadagno che gli debba essere attribuito in qualunque caso. In qualunque caso, cioè indipendentemente dall'esito dell'impresa; ecco la vera mercede, che rende il lavoratore estraneo alla meta che si prefigge chi delle sue energie di

col lavoro; ciò che è compatibilissimo anche con un rapporto a struttura associativa (cfr. AGNELLI, *Inf. sul lav.*, n. 309: la partecipazione ai profitti non è salario economicamente, ma è remunerazione giuridicamente). E infine, e soprattutto non si dimentichi che qui non vi ha società (lo dice esplicitamente l'art. 86), ma un rapporto associativo confinante strettamente col contratto di lavoro, colle sue qualità della subordinazione, ecc. su cui appresso. Ciò spiega il perchè di quella locuzione, alla quale non si deve dunque dar molto peso. Un caso invece che può a tutta prima lasciar perplessi è quello di cui all'art. 154 C. comm., pel quale l'assemblea generale determina « la retribuzione degli amministratori e dei sindaci ». Pei sindaci certo vi è vera mercede in funzione di scambio; ma per gli amministratori i quali siano soci? Per me credo che non vi sia qui il fenomeno dello scambio: è un guadagno fatto non come amministratore, ma come socio.

lavoro si serve ai propri fini. Ma allora siamo, come dicevamo, in pieno contratto di lavoro: è un'ipotesi che non ci interessa in questo punto, ma di cui ci occuperemo altrove, a proposito della forma e dell'ammontare della mercede ¹⁾.

Ma che la attribuzione di un guadagno, anche se l'utile dell'impresa è nullo, sia possibile quando fu esplicitamente pattuito o fu consentito dagli usi locali il minimo di guadagno consistente in una mercede, e tale da alterare di colpo il tipo del contratto, prova di per sé che, se fu esplicitamente pattuita solo la partecipazione agli utili, e se gli usi locali non consentono alcuna integrazione, nessun guadagno può essere garantito ai lavoratori, in caso di insuccesso dell'impresa. Il Crome ²⁾ cerca una scappatoia col § 612 Cod. civ. germ., pel quale la mercede vale come tacitamente pattuita se la prestazione di lavoro, secondo le circostanze, non si poteva pretendere se non dietro compenso. Nel che vi è una petizione di principio dal punto di vista nostro, che vorremmo dall'accollo del rischio al lavoratore ricavare la natura del rapporto; infatti, applicare il § 612 vale ritenere senz'altro risolta la questione nel senso del contratto di lavoro. Ma anche dal punto di vista del Crome va osservato che il § 612 ad ogni modo presuppone che del guadagno del lavoratore nel contratto non si sia fatto parola: ciò che non è il caso quando sia stata pattuita la partecipazione al prodotto e agli utili ³⁾.

Ma, oppone il Crome, non si può ammettere che il lavoratore, che vive del proprio lavoro, abbia proprio inteso rimettersi all'azzardo del risultato dell'impresa ⁴⁾. Ed è vero: e vedremo come qui appunto stia la cagione dello sfavore che questa forma di remunerazione del lavoro ha trovato oggi nel campo industriale. Ma intanto è certo che se ha pattuito puramente la partecipazione agli utili, il lavoratore si è volontariamente esposto a quest'alea ⁵⁾: negarlo vale sostituire alla

¹⁾ A quanto pare il d'EICHTHAL, *La liberté individuelle du travail*, pag. 184, tende a negare carattere associativo alla partecipazione ai profitti facendone un surrogato dei premi individuali per eccitare la produzione e il risparmio nelle spese di lavorazione, ecc. Non potendosi sempre commisurare adeguatamente l'aumento di rendimento dovuto al premio, si sarebbe calcolato genericamente il premio con una percentuale sui profitti. Ciò è vero in regime di scambio (di salariato) dato dalla coesistenza da una mercede fissa; e del resto l'opinione del d'EICHTHAL presuppone ciò necessariamente, perchè il premio è un'appendice alla mercede fissa.

²⁾ Seguito dal RIEZLER, *D. Werkvertrag nach d. bürgerl. Gesetzbuch*, (1900), p. 38.

³⁾ Coll'integrazione ammessa dal CROME si capisce l'inno da esso elevato alla bontà sociale del tipo parziario qui illustrato. Pur troppo però la pratica, come poi vedremo, smentisce questo fervore d'entusiasmo, e riconduce il rapporto alla sua realtà.

⁴⁾ Op. cit., p. 207.

⁵⁾ Che il creditore del lavoro dia spontaneamente soccorsi, data la volontarietà di questi, non toglie nulla alla verità di quanto andiamo asserendo. Questo ci richiama i soccorsi che talora anche per contratto il proprietario dà nell'inverno, in

realtà di un patto e di un fenomeno un concetto dettato in parte da un preconconcetto dogmatico, in parte dalla visione di quello che dovrebbe essere. Colla sua scappatoia il Crome viene così a confermare il concetto nostro: che il contratto di lavoro (come locazione di opere) presuppone necessariamente che il rischio gravi sul capitalista, non sul lavoratore, ed è quindi inconciliabile colla pura partecipazione agli utili ¹).

Del resto il rischio di un mancato guadagno corrisponde appunto all'eventualità di un guadagno lauto, che vada ben oltre il tasso della normale mercede: come questo di più spetta al lavoratore, così è a suo carico la mancanza di guadagno, o un guadagno inferiore al tasso della mercede normale; non è affatto vero che col patto di pura partecipazione degli utili il lavoratore possa pretendere l'integrazione fino a quel tasso, come pretende, per il medesimo ordine di idee, il Crome. È insomma per la partecipazione agli utili industriale quello che per la partecipazione al prodotto o agli utili agrari: è indubitato che il colono non ha nulla se il raccolto è mancato: una ragione per differenziare questi due rapporti non mi pare che da un punto di vista strettamente giuridico sussista. Perchè economicamente differenze non mancano, come poi vedremo.

Ad ogni modo non c'è dubbio che il rischio gravante il lavoratore è limitato: si limita alla eventuale mancanza di un guadagno, ma non si spinge sino ad un eventuale accollo di ulteriori oneri: ad es., pagamento di una parte dei debiti. Ma questa limitazione intanto non è stridentemente incompatibile col tipo associativo; tant'è vero che può perfettamente pattuirsi anche nel contratto di società a favore del socio che non dà se non il proprio lavoro ²). L'unica differenza

caso di mancato raccolto, al colono bisognoso. Finora sono stati contributi volontari; ora tendono qua e là a divenire contrattualmente obbligatori (COLETTI, *I contratti agrari e il contratto di lavoro agrario*, 1903, p. 36): ad es. nella provincia di Reggio Emilia. Ma questi soccorsi non sono che anticipazioni (talora con interesse usurario) addebitate al colono sul prossimo raccolto. E ciò non muta nulla alla fisionomia del rapporto: è un adattamento pratico di un rapporto a struttura associativa incompleta, come vedremo essere la colonia parziaria, l'eliminazione degli inconvenienti (quando proprio eliminazione vi è!!) di questo incompleto sviluppo. In fondo è tutto ciò che ha inteso dire, ma con espressione molto impropria, il FAINA, *La tenuta di S. Fenzio nell'Umbria*, Roma, 1899 (cit. in COLETTI, cit., pag. 43, nota 1), per cui questi soccorsi, esclusi (e si capisce) in regime di salariato, cioè di contratto di lavoro, sono dati « quasi in compenso del ritardato salario che è toccato al contadino solo una volta l'anno all'epoca dei raccolti ».

¹) Del resto lo stesso CROME, op. cit., p. 187, ammette che il preposto o l'impiegato parziario deve pur sapere il suo guadagno non dipendere solo dalla sua abilità o diligenza, ma anche da una quantità di eventi esteriori che influiscono sul risultato dell'azienda.

²) ZACHARIAE-CROME, *Manuale di dir. civ.* (trad. BARASSI), II, p. 588; MANARA, *Società ed assoc. comm.*, I, n. 140; ABELLO in *Giurispr. ital.*, 1898, I, 2, 399.

dal caso nostro è che nella società (come anche nell'associazione in partecipazione)¹⁾ quella limitazione deve essere espressa, mentre in questo gruppo di rapporti pure a struttura associativa, ma in cui la fusione e l'eguaglianza tra gli associati sono meno intense, va intesa come elemento naturale del contratto, anzi elemento essenziale per la configurazione tipica del rapporto²⁾. Ma nella sostanza la cosa non muta nei due casi; è una limitazione al principio della comunione del rischio, voluta dal preponderare di una delle parti (su cui grava il rischio maggiore), e non già, come asserisce il Crome, da ciò che nei contratti di scambio l'equivalente di una prestazione può esser ridotta a un minimo, ma non trasformarsi in passivo. Anche questa affermazione non è che il travisamento o l'adattamento forzato di un fatto vero: che il lavoratore che si associa intende correre l'alea di un mancato guadagno, ma non oltre.

Una riprova ulteriore della falsa situazione in cui il Crome si è collocato la troviamo quanto al diritto di controllo a favore del lavoratore con pura partecipazione agli utili; diritto di controllo che, se ammesso, conduce all'ispezione dei registri: si intende che si presuppone sempre lavoro subordinato, cioè diretto e guidato dalla parte diversa da quella che lo presta. Ora è chiaro che dal punto di vista di un vero e proprio contratto di lavoro, essendo il lavoratore estraneo al risultato dell'azienda, esso non ha alcun diritto di controllare la gestione, di verificare il risultato, all'uopo ispezionando i registri; il creditore del lavoro ha un interesse proprio (il maggior possibile sfruttamento del lavoro prestatogli, cioè col massimo proprio utile) diametralmente opposto a quello del lavoratore, quindi si guarda bene dal comunicare al lavoratore il reale risultato della propria impresa.

Il caso è molto differente se il lavoratore ha diritto a partecipare al risultato; è naturale che abbia diritto di vigilare e assicurarsi circa la effettiva entità dei risultati. Si tratta, allora, di un diritto che è assolutamente incompatibile colla tipica struttura del contratto di lavoro. Riconoscere, come è giusto, quella facoltà al lavoratore con diritto agli utili equivale ad ammettere a suo favore una facoltà che

¹⁾ Contra CROME, op. cit., pag. 149.

²⁾ L'associazione in partecipazione di cui all'art. 233 C. comm. pur essendo, così come la nostra partecipazione agli utili, differente dalla società, rappresenta però, in confronto alla partecipazione agli utili dell'operato, un tipo di rapporto di struttura associativa già alquanto più vicino alla società, perchè vi è comunione di utili e di perdite. Ma qui non è il lavoro che si associa al capitale, ma il capitale al capitale (cfr. art. 236), il che rappresenta un passo verso una maggiore eguaglianza. Del resto questi rapporti possono avere molte sfumature; l'art. 233 disciplina il caso più frequente, ma è indubbiamente lecita un'associazione in partecipazione solamente dei profitti, con rischio limitato alla perdita del capitale conferito all'associante (qualcosa come una associazione in accomandita).

è propria dei rapporti a struttura associativa. Vedere qui, come fa il Crome ¹⁾, una garanzia a favore del salario dovuto al lavoratore, vuol dire giocare sul significato delle parole: certo non mancano le garanzie della mercede, ma appunto qui non vi è una mercede, che presuppone l'estraneità sostanziale al risultato dell'impresa.

Il Crome ha però avvertito il disagio in cui si trova la sua teoria su questo punto. Debbo però anche aggiungere che a disagio si trova in realtà, nella sua pratica attuazione, anche l'opinione qui accolta, che si tratti di un rapporto non di scambio. Infatti se non vi è società, se cioè le parti non sono su piede di eguaglianza, e la direzione è assunta dal capitalista o comunque dalla parte che non dà il lavoro, è ben difficile che questa non faccia difficoltà, o non cerchi comunque di menomare il diritto di controllo spettante al lavoratore con pura partecipazione. Il Crome, che intende non potersi ammettere un pieno diritto di controllo, salvo uscire dai confini dello scambio, ricorre a una via intermedia. Nega che il lavoratore possa pretendere una completa resa dei conti: l'obbligo del rendiconto, pel § 256 Cod. civ. germ. è a carico di amministratori di affari altrui. Ma d'altra parte è proprio vero che il capitalista qui gerisca un affare esclusivamente proprio? Non è forse affare anche altrui, cioè del lavoratore? Il concetto del Crome qui, come altrove, risente dello stesso disagio in cui nel campo industriale si trova questo speciale rapporto di lavoro fondato sulla pura partecipazione.

Nel nostro diritto un indice può sul proposito venire da quanto è ammesso per le associazioni in partecipazione. Anche qui però l'art. 236 limita il diritto dell'associato a ottenere il conto dei profitti e delle perdite; una parte della dottrina ammette che egli abbia anche il diritto alla comunicazione dei libri sociali (art. 27 C. comm.) quando sia associato a tutta l'azienda, e non a una o più operazioni soltanto: se la ragione giuridica della comunicazione è la comunanza delle registrazioni, il fatto cioè che si riferiscono ad affari comuni, questa conclusione pare ovvia ²⁾. E allora perchè non estendere la stessa regola anche al lavoratore con pura partecipazione agli utili? Anche questo è interessato all'azienda! Ma è qui appunto che si rivela la natura peculiare e ambigua del nostro rapporto. Certo una facoltà di controllo ci deve essere, e ciò prova che non versiamo in tema di contratto di lavoro. Ma si può parificare la posizione del lavoratore, del commesso, ecc., a quella di un socio? Si tratta di posizioni giuridiche differenti; e infatti la subordinazione in cui si trova e la prevalente appartenenza dell'affare all'altra parte inducono i più a limitare questa

¹⁾ Op. cit., p. 221.

²⁾ Cfr. FAGGELLA, in *Rivista dir. comm.*, 1913, II, 505.

facoltà di controllo, che del resto, come abbiám rilevato, troverebbe opposizioni nella pratica. Ecco qui i due poli tra cui oscilla la soluzione ¹⁾. Non spetta a me di approfondire questo argomento. Ricordo solo che mentre in Francia ²⁾ la giurisprudenza propende a riconoscere la facoltà di comunicazione dei libri sociali, in Italia la dottrina tende a negarlo con ragioni veramente non del tutto persuasive ³⁾.

76. In conclusione: fare del rapporto, in base al quale il lavoratore aspira, sia pure non come socio, solamente a una partecipazione del prodotto, un rapporto di scambio è, a mio avviso, uno snaturare la realtà delle cose ⁴⁾: e questo carattere associativo è vero, come abbiám rilevato, non solo pel lavoro industriale, ma anche pel lavoro agrario. Per conseguenza in tutti questi casi non dovremo applicare le regole del contratto di scambio a cui il rapporto si accosta. Tuttavia, si tratta sempre di un rapporto associativo che è al confine che separa i contratti a struttura associativa da quelli di scambio. Nessuna meraviglia, quindi, che talune norme dell'affine contratto di scambio, in quanto non incompatibili colla struttura associativa, siano applicabili. Ma non sarà male, a questo punto, soffermarci per poco sulla colonia parziaria ⁵⁾,

¹⁾ Ammettere pieno diritto di comunicazione non è parificare il partecipante agli utili a un vero socio? E d'altra parte negarlo non è eliminare la possibilità di un efficace controllo? La verità è che di questa incertezza, connessa al carattere ambiguo del rapporto, che ha carattere associativo ma non è società, risente il pratico funzionamento di questo rapporto, che vedremo in parte per ciò stesso paralizzato.

²⁾ L'art. 85 del progetto governativo francese sul contratto di lavoro (del 1906) diceva: « Quando l'impiegato ha diritto a una parte dei benefici determinati dal contratto, l'impiegato è tenuto, malgrado ogni accordo contrario, a fornire all'impiegato o a terzi accettati alle parti i dati necessari per controllare il calcolo di quella parte ». Il diritto alla revisione dei registri è ammesso dal BERNHARD, *Handbuch ecc.*, pag. 47.

³⁾ Il COSSA E., *Conflitti ed alleanze tra capitale e lavoro*, pag. 104, ammette la ispezione dei libri a mezzo di periti, e questa tra economisti è l'opinione forse dominante.

⁴⁾ Certo la prestazione di lavoro, in regime di pura partecipazione agli utili, assume un carattere di più intima personalità e fiduciarità: qualità propria anche del contratto di lavoro. Ma quell'intensificazione è indice del carattere associativo. L'ANTONELLI, op. cit., riconosce nella mezzadria e nella partecipazione ai profitti semplici modalità del salariato, modi di remunerazione del lavoro.

⁵⁾ Debbo qui avvertire che qui alludo alla colonia parziaria come tipo generale, di cui la mezzadria e la terzeria non sono che semplici applicazioni. È indifferente per me che si tratti dell'una o dell'altra e, soprattutto, non alludo qui alla colonia parziaria a sè distinta dalla mezzadria, come in alcune regioni si suole intendere. Quanto alla terzeria non vi è differenza che nella quantità di lavoro assegnato al contadino, a cui è sottratta l'aratura, la semina e il lavoro coi bovini, assunti in economia direttamente dal proprietario. Strutturalmente ciò non ha influenza: « non può negarsi che la terzeria sia un contratto in partecipazione », come ha ritenuto esattamente l'on. CHIMIRRI nella sua ottima Relazione della Commissione d'inchiesta

dove il dubbio può nascere a tutta prima, ed è nato infatti nella dottrina, circa la natura del contratto di scambio a cui debba essere accostato. Infatti nella colonia troviamo due elementi: il godimento del fondo e il lavoro, obbligatorio, della coltivazione. È dunque locazione di cosa? Contratto di lavoro? È chiaro che colla teoria del Crome, la soluzione del dubbio acquista un'importanza primaria.

Sul proposito basterà accennare come i più facciano della colonia una locazione di cose, senz'altro: è la teoria del Crome. Tale opinione è più discutibile pel diritto romano; poichè alcuni frammenti esigono che la *merces* nella *locatio rei* venga pagata in denaro ¹⁾. Oggi la regola della mercede in denaro non esiste più ²⁾. Ma un'altra difficoltà rimane. La caratteristica della locazione sembra essere il diritto di sfruttare il fondo, il godimento di questo fondo concesso a un'altra persona dietro corrispettivo equivalente. Nella colonia sta invece con è obbiettivo precipuo l'obbligo di coltivare il fondo (un *facere*): da ciò nascerebbe l'idea di mercede corrispondente a questo *facere* e consistente nel diritto di percepire una parte dei frutti del fondo. E infatti il rapporto di locazione sembra riservato alle classi di media agiatezza per cui non si concepisce come prevalente un'attività disodatrice del fondo, ma solo un diritto di godimento di esso, di percezione dei frutti, e la colonia si attaglia alle classi meno agiate, che non dispongono di capitali per il pagamento del fitto. Ora, prescindiamo per ora dall'erroneo concetto di mercede corrispondente al *facere* che sembra contenuto nella colonia. È indiscutibile a parer mio che questo *facere* come obbiettivo principale sussiste nella colonia, e non nella locazione della terra. Come obbiettivo principale, si intende; perchè un'attività di lavoro troviamo anche, necessariamente, nella gestione fatta dal conduttore, da sè o a mezzo di lavoratori a lui subordinati. Si può anzi asserire, col Bechmann ³⁾, che la locazione del fondo si distingue dalla vendita per ciò, che nella prima è essenziale un'attività del conduttore diretta al conseguimento dei frutti, nella seconda invece l'acquirente consegue i frutti indipendentemente da un'attività propria. Ma quell'attività è solo il mezzo necessario per l'attuazione del proprio diritto di godimento, è, fino a un certo punto ⁴⁾,

sui conflitti agrari in Romagna, pag. LIII; e come pure opina l'on. BISSOLATI (*Verbali* di detta Commissione, pag. 195): di contrario avviso, ma a torto, l'on. GORIO (contratto di lavoro con mercede in natura), *Verbali*, cit., pag. 197. Certo il carattere anormale e transitorio è qui spiccatissimo, mentre l'evoluzione nella mezzadria è assai più lenta.

¹⁾ Cfr. f. 1, § 9, XIV, 3, ecc. — Cfr. FERRINI, *Ueber die Colonie partiarie*. Estratto dall'*Arch. für civ. Pr.*, pagg. 1-2.

²⁾ Cfr. SIMONCELLI, *Loc.*, n. 33, pag. 123 e seg.

³⁾ *Der Kauf*, II, p. 166-167.

⁴⁾ Fino a un certo punto: perchè l'obbligo di coltivare il fondo sussiste in quanto

una mera facoltà, per il conduttore; l'elemento tipico è pur sempre lo scopo cui col lavoro mira: il godimento del fondo.

Non così per la colonia. Intanto la parola *colonus* (da *colere*) manifesta già nel colono un « coltivatore », un « operaio dei campi ». Il nostro codice definisce il colono « colui che coltiva un fondo col patto di dividere i frutti col locatore... » (art. 1647). Questa definizione è vecchia; e a sua volta ha dato origine a un'opinione abbastanza diffusa un tempo che faceva della *colonia* un contratto di lavoro, una forma di *locatio operis*, quando la direzione del lavoro e gli stessi strumenti di lavoro spettino in genere al colono stesso, che si presume abbia quella capacità tecnica che manca al proprietario del fondo; o una forma di *locatio operarum* nel caso assai più frequente che il padrone sorvegli, diriga da sè, o a mezzo di un incaricato, i lavori campestri. A questa opinione infatti accedono sostanzialmente Fabio, Baldo, Coquille, ecc.⁴⁾: i quali però, fedeli alla teoria romanistica per cui la *merces* al lavoratore vuol essere pagata *pecunia tantum*, vedono qui un contratto innominato. Per la *locatio operis* esplicitamente sta invece il Wendt²⁾.

Ora: che la prestazione tipica nella colonia sia l'attività di lavoro del colono parrebbe certo un'ottima ragione per staccare la colonia dalla locazione. In realtà la questione è risolta, quanto al punto pratico che ci interessa, esplicitamente dal Codice, che nell'art. 1647 cap. dichiara comuni alla colonia « le regole stabilite in generale per le locazioni di cose, e in particolare per le locazioni di fondi rustici... ». Dunque, qualunque opinione astrattamente si abbia circa la natura del contratto con cui la colonia confina, è certo che qui la legge ha provveduto conformemente a una vetusta tradizione, che accostò sempre la colonia alla locazione di cosa, quando non la fece addirittura rientrare in quest'ultima. È anche chiaro dove stia il nesso: il colono, per coltivare il fondo, deve averne il contatto; esso quindi si trova nella apparente situazione del conduttore: l'uno e l'altro hanno la detenzione del fondo e ne godono i frutti.

77. Questo però non conduce alla conclusione che in realtà vi sia scambio, come nella locazione: è vero qui quello che abbiamo esposto

è necessario per il non deperimento del fondo, e perchè sia attuabile la sua restituzione così come fu ricevuta. È un obbligo però che rientra nell'obbligo di godere da buon conduttore.

⁴⁾ Cfr. le citazioni in TROPLONG, n. 638.

²⁾ *Faustrecht*, p. 206; il *colonus* per esso altro non sarebbe se non un *conductor operis*. Questo potrebbe essere tutt'al più esatto per il *politor*, che aveva cognizioni tecniche tali da assumere una certa indipendenza di fronte al proprietario del fondo. Ma anche al *politor* la *locatio operis* mal s'attaglia. Cfr. anche il LATREILLE, in *Revue critique de légial.*, XXIV, pag. 413. Su questo punto mi rimetto a quanto già ho scritto nella voce *Mezzadria*, in *Encicl. giurid.*, n. 33.

sopra in via generale: siamo cioè di fronte a un tipo autonomo di rapporto ¹⁾, che però si avvicina più alla società che alla locazione non appartenendo ai rapporti di scambio, bensì a quelli a struttura associativa ²⁾.

In realtà la struttura economica della mezzadria ha nulla a che vedere con quella dell'affitto: qui il concedente (che supporremo, a maggior semplificazione, essere il proprietario) si trova di fronte a una personalità economicamente autonoma rispetto allo sfruttamento della terra, autonomia che manca invece nel colono. Il fittaiolo infatti è signore, è centro esclusivo dell'azienda agraria esercitata sul fondo, il proprietario rimane a questa azienda perfettamente estraneo. Invece nella mezzadria l'azienda agraria si impernia tanto nel colono quanto nel concedente: anzi vedremo che la direzione della gestione, negli usi di molte regioni, spetta addirittura al proprietario. Naturalmente l'estraneità del proprietario del suolo di fronte alla gestione agraria del fittaiolo ha certi limiti ispirati tutti all'obbligo della restituzione dell'identica cosa nella sostanza, per parte del fittaiolo: il locatore ha perciò diritto di vegliare a che lo sfruttamento del suolo, ad es., non ne esaurisca la potenzialità, a che non sia alterata la destinazione economica dei fondi. Ma questa non è che un'ingerenza di semplice controllo, ispirata non già all'interesse dell'attuale produzione agraria, ma all'interesse della proprietà fondiaria quale si rivelerà a suo tempo, cessata la locazione.

Dunque autonomia economica del fittaiolo, non del mezzadro. E chi per poco conosce la vita economica delle nostre campagne sa quale abisso risulti da questo elemento tipicamente differenziale delle due forme di coltivazione del suolo. Il fittavolo — signore dell'azienda agraria — ne è l'unico direttore, deve avere capitali propri e proprie cognizioni tecniche, ecc.: tutti presupposti per il buon esito di questa forma di gestione agraria, e causa per cui questa rappresenta la forma più evoluta di fronte alle altre (mezzadria, e coltivazione diretta del proprietario o a economia). In pratica il colono che si trasforma in fittaiolo sa di subire una trasformazione radicale e lo fanno pure i proprietari di fondi, che esigono garanzie serie perchè l'economia del fondo abbia a cadere nelle mani di un estraneo: l'affitto è l'ultimo gradino, prima della proprietà, nell'ascensione del lavoratore agricolo

¹⁾ E anche per la colonia la dottrina, che ha trascurato questo tipo intermedio di rapporto a struttura associativa, si è trovata perplessa e disorientata tra i soliti due poli della locazione e della società. Cfr. anche il NATTINI, in *Foro ital.*, 1911, fasc. VII.

²⁾ In fondo quella parte della dottrina che fa della colonia un contratto *sui generis* (ad es. la Cass. Roma appr. cit.) coincide coll'opinione espressa nel testo: salvo l'accentuare più o meno il tipo di scambio o il tipo associativo.

dalla massima subordizzazione nel contratto di lavoro agrario (locazione d'opere), alla minore subordinazione nella colonia, all'autonomia nell'affitto.

Ora non è concepibile che da questa sostanziale differenza economica ⁴⁾ non abbia a risentire la struttura giuridica dei due istituti. Infatti il codice se ne preoccupa, disciplinando la mezzadria nel titolo IX della locazione, è vero, ma in un capo a sè, distinto sia da quello della locazione di cose (II), come da quello della locazione di opere (III). È da premettere che, come la produzione agraria interessa esclusivamente il fittaiolo, mentre interessa egualmente le due parti nella colonia, così l'attività di lavoro sfruttatrice ha un'importanza diversa nei due contratti. Nella locazione non vi è, come elemento tipico, un'attività di lavoro diretto alla migliore utilizzazione del fondo per sè stessa: tutt'al più il fittaiolo deve essere un buon conduttore di fondi, in rapporto al proprietario (art. 1583): esso « deve servirsi della cosa da buon padre di famiglia » (cf. art. 1615), ma ciò solo in relazione all'obbligo di restituzione del fondo, cessata la locazione. Questo è tutto: se anche la produzione è trattata con metodi arcaici, purchè il suolo non ne soffra, ciò importa poco al locatore.

Tuttavia l'estraneità del locatore alle sorti della gestione agraria è limitata dalla *remissio mercedis* (art. 1617 seg.). Questa è però solo l'attenuazione di un principio rigidamente vero nella sostanza: lo prova da un lato la storia di questa *remissio*, che non è coeva alla locazione agraria, ma venne poi, fu una posteriore mitigazione inserita nella *lex locationis*. E poi lo provano i limiti in cui la *remissio* è ammessa. Il principio dell'autonomia del conduttore rimane abbastanza saldo perchè ogni altro rischio è a suo danno. Qui ad ogni modo troviamo un temperamento all'antagonismo proprio dei contratti di scambio, che non sussiste affatto per il contratto di lavoro: in cui non vi è la riduzione della mercede, a favore del creditore del lavoro, se lo scopo cui egli intende far servire la prestazione di lavoro ricevuta fallisce; unica eccezione è il famoso art. 355 cod. comm. (pagina 185), in cui già ci siamo imbattuti, quanto all'eliminazione dei salari dovuti all'equipaggio, in caso di infortunio della nave. Come si vede, però, l'interesse del lavoratore è egualmente tutelato nei due casi: nell'uno il lavoratore è centro della gestione, e dei rischi, e la diminuzione o remissione del fitto gli giova, così come giova al debitore del lavoro (autonomo o subordinato) l'indipendenza della mercede, come del rapporto tutto quanto, dalle sorti che gravano sull'azienda

⁴⁾ Avvertita perfettamente nel pratico atteggiamento dei due istituti. All'art. 1 del progetto ital. di legge sui contratti agrari del 1902 fu opposto da proprietari e comizi agrari che « il considerare la mezzadria assieme con la mezzadria creerà confusioni da cui è facile nascano contestazioni e litigi ». COLETTI, op. cit., p. 45.

che nell'altro contraente si impernia. La differenza perciò non è che apparente, nei due casi: in tutti e due il risultato, data la differente situazione di fatto, è sempre la tutela del lavoro ¹⁾.

Ancora: l'art. 1619 prevede il caso di fitto consistente in *pars quota*; questa è almeno l'impressione che si può ricavare da una lettura superficiale del testo. Ma questa difficoltà può superarsi anzitutto col ritenere che questo è un caso di vera e propria colonia, checchè ne pensi il legislatore col chiamar locatore la parte contraente (cfr. del resto art. 1647 sg.): e questa è certo un'ottima spiegazione, poichè anche in altri casi (e lo vedremo a proposito del mandato ne' suoi rapporti col contratto di lavoro) si verifica questa collocazione incidentale di rapporti fuori da quella che è la *sedes materiae*. Infatti la norma di cui all'art. 1619 è tipica della colonia, in quanto la distribuzione dei rischi su ambo le parti, quindi su chi dà la terra, è tipica della colonia, e non lo è affatto della locazione: il rischio posteriore alla separazione dei frutti del suolo grava sempre sul conduttore, per la locazione, e sulle due parti per la colonia. Qui vi ha chiaramente designato il confine tra i due istituti. Che l'art. 1619 abbia regolato i casi in cui, come è, ad es., nella cosiddetta « boaria a dar fatto » in vigore nel Piemonte, o nella « schiavenza con compartecipazione » ²⁾, al fitto fisso sia stata aggiunta un'appendice di partecipazione ai frutti (tal quale come per la partecipazione agli utili in appendice alla mercede fissa) è la soluzione proposta dalla dottrina (Polacco, Simoncelli), ma è soluzione che mi par suggerita dall'inutile preoccupazione di giustificare la collocazione di una norma come quella dell'art. 1619 proprio nel titolo della locazione. Certo è, ad ogni modo, che è un articolo mal fatto e ridondante.

Nel sistema del Codice, dunque, la locazione è ispirata a quella relativa autonomia ³⁾ del lavoratore, che in sostanza è logicamente inerente

¹⁾ In pratica però si tende spesso a ricondurre la locazione al suo tipo puro, colla rinuncia ai casi fortuiti, che è generale in certe regioni, a scapito, così, dell'affittuario. Il patto di responsabilità del conduttore « a fuoco e fiamma » è molto diffuso. Cfr. COLETTI, op. cit., p. 36-37.

²⁾ COLETTI, *I contratti agrari e il contratto di lavoro agricolo in Italia*, cit., pag. 30. Così è anche nel contratto colonico misto vigente ad es. nell'agro lombardo asciutto (fitto pel frumento, metà pel resto). Che questi rapporti siano da giudicarsi come il lavoro a partecipazione a e mercede fissa mi par chiaro: almeno per la boaria a dar fatto e per la schiavenza con compartecipazione; per il contratto misto a tipo brianzolo la questione è più complessa, e ad ogni modo per esso si naviga in territorio di locazione di cosa, mentre la boaria a dar fatto e quel tipo di schiavenza sono locazioni d'opere (contratto di lavoro), come esattamente osserva anche il COLETTI: non, però, a mercede fissa.

³⁾ Autonomia, si intende, quanto ai criteri tecnici circa l'utilizzazione della cosa: a suo tempo (a proposito dei rapporti tra il contratto di lavoro e la loca-

all'antitesi, all'estraneità reciproca che è propria delle parti dello scambio. Non così invece nella colonia, dove il proprietario del fondo non riceve un corrispettivo della concessione del godimento al colono, nè questi un corrispettivo del lavoro prestato per ottenere il raccolto ¹⁾. Non vi è un corrispettivo perchè allora dovrebbe essere fissata per il colono una *pars quanta fructuum*, e cioè una porzione determinata di frutti non soggetta all'alea come è per la *pars quota fructuum* che viene a spettare in definitiva al colono, su cui grava in comune col proprietario del fondo la perdita per caso fortuito di tutto o di parte del raccolto. In questo senso abbiamo piuttosto, come in un altro senso asserì già il Waaser ²⁾, un rapporto a struttura associativa. Ed ecco come un'opinione abbastanza diffusa fa della colonia un vero contratto di società: il locatore contribuisce col fondo (capitale), il colono col lavoro; e si dividono il guadagno ³⁾. Qui abbiamo l'associazione del lavoratore ai profitti dell'impresa (in senso improprio, poichè non si ha qui, a rigore di termini, un'« impresa »). È la teoria di Bartolo, di Cniacio, accolta, come vedemmo, anche ai giorni nostri ⁴⁾.

zione) vedremo che il rapporto giuridico di signoria circa la cosa, quanto al suo godimento, non è affatto autonomo nel conduttore a differenza che nell'usufruttuario e nell'enfitentea. Cfr. p. 193.

¹⁾ A tutta prima sembra innestarsi sulla colonia un rapporto laterale di contratto di lavoro, quando il colono sia tenuto a fare le opere (o giornate di lavoro) prescritte dal padrone, e nel suo interesse, ricevendo in compenso una somma giornaliera che di solito è minima, inferiore al salario corrente. In realtà questi obblighi sono dovuti per particolari vantaggi di cui gode il colono, indipendentemente dal godimento del prodotto; si dice anche che non c'è sorveglianza (COLETTI, op. cit. p. 40). Abbiamo, insomma, un semplice congruaglio tra associati, che solo apparentemente ha il carattere di locazione di lavoro, e che appunto da questo carattere solo apparente riceve l'atteggiamento suo poco simpatico: perciò appunto sono destinati a scomparire, come eco di antiche angarie e parangarie. Ad ogni modo, quando sussistano, difficilmente (dopo quanto s'è visto) si può ottenere, come pretendeva il progetto di legge del 1901 sui contratti agrari (art. 5), che il corrispettivo sia proporzionale al lavoro dato con quelle giornate (regalie, appendizi). Cfr. su ciò le assennate osservazioni del COLETTI, cit. p. 42 nota.

²⁾ *Colonia partiaria*, Berlin 1885. Pel BOHMERT, *La participation aux bénéfices*, vi è vera società. Cfr. *Le mie istituz. di dir. civ.* (1914), p. 404 sg. Che scambio non vi sia nella mezzadria, così come nella società e nel matrimonio, è ammesso dal VALENTI, *Principi di Scienza economica*, p. 245 nota. È il concetto che ho accolto nelle mie Istit. Il FURINI ha aderito pienamente alle idee che, circa la natura della mezzadria, ho già altre volte sviluppato (in *Enciclop. giurid.* V.^o *Mezzadria*), e in BAUDRY-LACANTINERIE, *Locazioni* (I, Milano), p. 977 sg.

³⁾ È la teoria codificata nel codice austriaco § 1103. Come società l'intese la Cass. di Torino 25 gennaio 1882, *Annali*, XVI, I, 9; cfr. CAPORALI, *Contratto di società* (MARGHERI, 1894), n. 20, il quale ammette più esattamente essere la colonia un contratto a sè; riconosce però l'analogia tra i due contratti. Per il SIMONCELLI, *Tratt. delle locazioni*, p. 3, il mezzadro è socio.

⁴⁾ Il MOLITOR, *Obbl.*, n. 542, ritiene che per natura dovrebbe essere un con-

Si può obbiettare a tutta prima che questa differenza in confronto alla locazione è solo apparente, che in realtà non manca una base economica comune alla locazione e alla mezzadria: all'azienda agraria sono in realtà interessate le due parti anche nella locazione¹⁾, solo che il locatore riceve la sua parte in denaro (frutti civili), non in natura; ma il fitto dovuto al locatore in realtà non sarebbe, economicamente, che la trasformazione di una parte dei frutti in denaro²⁾: posto che il denaro è un rappresentativo di cose mercè esso permutabili, ecco che le due situazioni si equivarrebbero. E non basta. Anche nella colonia parziaria o nella mezzadria è consuetudine, in alcune regioni, che il proprietario provveda da sè, d'accordo col colono, alla trasformazione in denaro di tutti i frutti prodotti dal fondo, per modo che il colono percepisce la sua parte in denaro. In certe regioni è invece il colono o il mezzadro che danno al proprietario la sua parte in denaro³⁾. Infine il fitto può pagarsi oggi in natura anzichè in denaro, come si fa realmente in certi contratti misti di colonia e di locazione (locazione, ad es. quanto al frumento o all'uva, ecc.).

In contrario mi limito a richiamarmi a quanto già s'è detto sulla tipica antitesi propria dello scambio, nella locazione, e non nella colonia: la relativa comunanza di interessi nell'affitto, la correlazione tra il fitto e i frutti sono cose verissime, ma non scuotono per nulla la sostanziale differenza strutturale tra uno scambio da un lato, e una partecipazione agli utili dall'altra⁴⁾. Insomma, il concetto economico giuridico del fitto è assolutamente incompatibile con quello di partecipazione quotitativo ai frutti del fondo. Questo asserto va, naturalmente, completato dalla dimostrazione che questa determinazione puramente quotitativa è incompatibile col requisito di una mercede

tratto di società, ma che nell'interesse dell'agricoltura lo si è trattato come locazione « pour donner plus de fixité aux rapports juridiques des contractants ».

¹⁾ KARLOWA, *Romische Rechtsgeschichte*, II, 639.

²⁾ La *remissio mercedis* a cui sopra abbiamo accennato parrebbe confermare in verità questa elementare osservazione economica.

³⁾ Questo accade nella Liguria dove la mezzadria ha atteggiamenti evoluti e, come riferisce il COLETTI, modernamente industriali; tra l'altro talora la metà padronale vien pagata dal colono in denaro. *I contratti agrarii*, ecc., p. 35.

⁴⁾ Non si capiscono quindi certe espressioni, nella dottrina che nega il tipo locativo, intonate allo scambio. Così l'ABELLO, cit. p. 471, e *passim* chiama « controprestazione » la quota assegnata al proprietario nella colonia; chiama pure « prezzo » questa quota, concependola come compenso dell'uso del fondo: concezione a tipo locativo. E il WAASER, che pure difende energicamente il concetto di società, è indotto spesso a parlare di « prestazione e controprestazione » tra cui l'equivalenza sarebbe più energicamente accentuata che tra le controprestazioni nel tipo locativo (op. cit., p. 57). Questi termini potrebbero al più ammettersi riguardo al credito che ognuno ha verso l'altro, a produzione terminata, quando nasce il diritto alla divisione dei frutti.

certa. In proposito è notevole la critica del Ferrini al Waaser; notevole, ma non convincente.

Premetto che il compianto Ferrini era contrario alla tesi da noi accolta. L'illustre romanista ¹⁾ aveva ragione quando negava che dal « ... *quasi societatis jure*... » del fr. 25 § 6 h. t. 19, 2 su cui si fonda questa teoria si possa arguire la natura di « società » propria della colonia. Si avrà una affinità, ma il « quasi » esclude ad ogni modo un'identità. Ed è pienamente ammissibile la distinzione suggerita dal Pernice tra il *colonus* e il *politor* ²⁾. Vi è poi l'argomento su cui il Waaser fa assegnamento; la *pars quota* non è così determinata da poter rivestire il carattere di mercede, non risponde ai requisiti della oggettività e della determinatezza. Non può aversi dunque una *locazione* ³⁾. Il Ferrini risponde che per la *determinatezza* della mercede non è necessario che l'ammontare sia conosciuto dalle parti all'atto del contratto; basta che a suo tempo *in rerum natura* l'ammontare si offra come sicuro da sè. Ora, la confutazione del Ferrini, a cui si associa in sostanza il Crome ⁴⁾, coglierebbe nel segno se si intendesse alludere alla determinatezza nel senso di una mercede conosciuta dalle parti nel suo ammontare: in questo senso la determinabilità è sufficiente. Ma qui vi è ben altro. Si tratta di vedere se allo scambio sia necessaria la determinatezza oggettiva del prezzo già nel momento dell'accordo sulla permuta (la cosa ci interessa da un punto di vista giuridico). Certo un valore attuale, in un accordo perfetto, è necessario allo scambio: scambio implica due ricchezze che si incrociano, due beni che per tener luogo l'uno dell'altro, cioè per poter compensare ognuno la perdita dell'altro, richiedono un'attuale sussistenza dei valori. Ma lo scambio può essere tra un bene presente e un bene futuro o anche tra due beni futuri, e tuttavia essere giuridicamente sintetizzato sin d'ora mediante l'accordo vincolativo. La questione rimane dunque riaperta: si tratta di vedere i rapporti tra questo accordo e la prestazione futura.

Ricorderò a questo proposito ⁵⁾ che il diritto romano richiedeva la *merces certa*, ma che in questo requisito i giuristi procedettero con una certa larghezza. Per alcuni basterebbe la semplice determinabilità secondo criteri oggettivi anche appartenenti al futuro, non sarebbe richiesta neppure la certezza oggettiva attuale. Il Bechmann ⁶⁾ invece

¹⁾ Nell'op. cit.

²⁾ Op. appr. cit.

³⁾ Op. e l. cit.

⁴⁾ Cfr. FERRINI, op. cit., p. 10, e PERNICE, *Zeitschr. der Sav. Stift.*, VIII, R. A., pag. 241, fr. 52, § 2, soc. 17, 2; VENZI, note alle *Istit.* di PACIFICI-MAZZONI, vedi (1913) p. 139.

⁵⁾ Si veggia la voce *Mezzadria* da me illustrata nell'*Enciclop. giurid.*, p. 505 sg.

⁶⁾ *Kauf*, II, 340 sg.

ha ritenuto che i criteri determinativi debbano essere attualmente già certi. E questa pare la soluzione più esatta: per quanto il capov. dell'art. 1454 dimostri la possibilità del contrario. Come si vede, anche questa via di soluzione si presta a tutte le conclusioni e non ci pare valga la pena di insistervi.

Il Crome ha proposto una soluzione differente. Scambio vi è, dice, ma tra il godimento del fondo concesso dal proprietario e l'aspettativa della parte del futuro raccolto sperato (cioè una *spes*): perchè non ammettere la *spes* qui come oggetto di una prestazione, mentre la si ammette per la vendita? Perciò il Crome estende alla colonia le regole della *emptio spei*. Ora, certo, la *spes* può essere oggetto di un rapporto giuridico: sta appunto la *emptio spei* a provarlo, dove la *spes* è considerata non esclusivamente in relazione all'evento futuro che la determinerà, sibbene come un valore attuale, presente, determinato, ad es., in base a medie statistiche ¹⁾, su cui ad ogni modo influirà, come si capisce, la probabilità (ma nel momento attuale si noti) di ciò che sarà in avvenire. Ma pur ciò ammesso economicamente, la *emptio spei* è certo che si sostanzia, giuridicamente, in una compra-vendita in cui, derogando alle norme della reciproca subordinazione delle due prestazioni proprie della sinallagmaticità, il compratore si assume il *periculum casus* ²⁾. Ora ciò è possibile nella vendita, dove il *periculum casus* già grava il compratore, non nella locazione, in cui la regola della subordinazione sinallagmatica è assai più strettamente osservata, data la natura a tratto successivo della prestazione principale, che precede l'altra.

Tuttavia non è qui l'obbiezione fondamentale; ma nel fatto che alla *spes* nel contratto di scambio è interessata una delle parti, non l'altra. Quando vi è vendita di una aspettativa attuale, il venditore non se ne occupa più altro, è estraneo alla sua attuazione, mentre questa interessa esclusivamente l'acquirente ³⁾. Non così nella colonia: la alea-

¹⁾ Calcolo approssimativo, che quindi, pur sussistendo un valore, non lo definisce esattamente nell'ammontare. Si noti a questo proposito che questa forma di calcolo non sarebbe, io credo, giuridicamente da prendere in considerazione per la mezzadria. Infatti l'art. 77 Cod. proc. civ. insegna che per determinare la competenza nelle controversie sulle locazioni occorre cumulare i fitti: ciò che richiede la loro determinazione quantitativa; tant'è vero che la legge sullo sfratto per definitiva locazione del 1896 distingue in proposito tra mezzadria e locazione, rifiutando per quella il principio del cumulo delle parti spettanti al concedente secondo la media statistica, e invece ammettendo in ogni caso la competenza del pretore. Se non erro ciò implica che per legge la determinazione quantitativa è criterio essenziale per la locazione.

²⁾ È il compratore che si assume il rischio della effettiva realizzazione del valore attuale. BECHMANN, *Kauf*, II, 252.

³⁾ L'acquirente potrà dare in cambio un'altra *spes* (si avrebbe in tal caso pro-

torietà della *spes* colpisce non solo il proprietario, ma anche il colono; tutti e due sono cointeressati al medesimo fatto determinante della *spes* (il verificarsi o no del raccolto), perchè è da questa fonte comune esclusivamente che ognuno ritrae il proprio guadagno ¹⁾.

Ora, ciò appunto è assolutamente contrario ai rapporti di scambio ²⁾, ed è tipico dei rapporti a struttura associativa. Certo: anche la colonia, malgrado sia da alcuni ritenuta una società ³⁾ in realtà non lo è ⁴⁾, come non lo è il rapporto, a base di partecipazione al prodotto, tra operai e industriale ⁵⁾. Non lo è la mezzadria (si intende: debbo qui

abilmente una permuta) ma si tratta allora di una *spes* differente: non vi è partecipazione alla medesima speranza.

¹⁾ Entrambe le parti hanno « uno scopo comune, la maggiore e miglior produzione della mezzadria... », entrambe devono « ...concorrere pel raggiungimento di tale scopo ». Così la Cass. Roma, 29 febr. 1912, *Foro*, 1912, I. 265, che è, come noi, per la teoria di un tipo autonomo di contratto. Per le ragioni espresse nel testo non posso dunque concordare coll'ORLANDO, che ha ritenuto trattarsi di locazione, ma con fitto in natura e in misura aleatoria (Cfr. i *Verbali della Commissione d'inchiesta sui conflitti agrari in Romagna*, Roma 1911, p. 126). L'ORLANDO ne deduceva che dunque il colono è *dominus* nell'azienda, e ciò può avere un valore per concludere che a lui spetti la scelta delle macchine trebbiatrici. Osservo però che l'ORLANDO ha qui foggiato un tipo di mezzadria lontana dalla realtà; egli stesso, del resto, confessa di ignorare le condizioni concrete, o per lo meno di prescindere, per fondarsi solo su principi astratti: ciò che nella subbietta materia, dato il carattere di questo tipo contrattuale (sopra n. 72) mi pare assai pericoloso.

²⁾ Data la sostanziale differenza tra i rapporti di scambio e di cooperazione la peggiore tra tutte le teorie, anche per la sua scarsa determinatezza è quella per cui vi sia nella colonia un pezzetto di locazione e un pezzetto di società, una vecchia teoria a cui accede ora anche l'ABELLO, *Locaz.*, I, p. 486. Questa teoria si spiega come una sistematicamente insufficiente visione del posto che occupa realmente la mezzadria tra la società e la locazione, e disconosce la sostanziale appartenenza di questo rapporto alla categoria di quelli di cui fa parte la società. È la solita insufficiente elaborazione di questi rapporti a struttura associativa, ai quali avevo già richiamato l'attenzione degli studiosi sin da alcuni anni or sono (in *Appendice a BAUCRY-LACUNTINERIE* cit.).

³⁾ Cfr. BUREAU, *L'association de l'ouvrier aux profits du patron*, ecc., Paris 1898, pagina 21.

⁴⁾ Eppure la colonia non è che una vera società per cod. austriaco, §§ 1103 e 1186. Questa concezione è dichiarata erronea però dall'UNGER, *Handeln auf eigne Gefahr*, pag. 19. cfr. PERNICE, *Zeitschr. für R. Gesch.*, XV, pag. 51.

⁵⁾ La subordinazione, limitata, del colono al proprietario non è però un elemento sostanziale del rapporto a struttura associativa, come se il contributo associativo del proprietario (o del fittavolo) consistesse nella gestione del fondo, e non già nell'apporto del fondo (cioè del capitale). Di contrario avviso, a torto, è il BÖHMERT, op. cit. p. 32, per cui se il proprietario è assenteista il rapporto diverrebbe locazione. Si noti che in pratica anche in tal caso il padrone è rappresentato da un « fattore », o « agente ». Ma la cosa non muta anche se non vi fosse, cosa — in pratica — inverosimile. L'opinione qui espressa, circa la mezzadria, è pure in sostanza condivisa dal CARNELUTTI, in *Rivista dir. comm.*, 1911, II, 109, che colloca la mezzadria tra le società, ma più propriamente nella zona di confine

richiamare l'osservazione fatta sopra, n. 72) limitatamente a quelle, oggi ancora prevalenti, forme mezzadrili che ancora risentono della antica soggezione feudale del mezzadro; o in cui, anche scomparse le oneranze, il giogatico, ecc., rimane però sempre una superiorità riconosciuta al proprietario, a cui è affidata la direzione della gestione agraria, con una conseguente subordinazione del colono a lui: è così almeno che i capitolati, i contratti, gli usi locali (che sono grandissima parte nell'assetto economico-giuridico di questo come degli altri contratti agrari, art. 1654) hanno plasmato quasi dappertutto la mezzadria ¹). Si noti: è una subordinazione non piena, come sarebbe in un contratto di locazione di opere (lo vedremo poi, n. 80); la struttura associativa l'impedisce; ma vi è tuttavia una subordinazione quale non si attua nei rapporti di società tra il socio che non amministra, e quello a cui è affidata l'amministrazione. È notevole come, malgrado le diversità di opinioni manifestatesi in seno alla Commissione di inchiesta sui conflitti romagnoli, nessuno esclude questa subordinazione. I fautori dell'assegnazione delle trebbiatrici ai contadini sostenevano questa tesi che « non si difende nè si rafforza la mezzadria facendo al contadino una condizione eccessivamente subordinata » (*Relaz. cit.*, p. XLVI). Il che, data la tendenza naturale allo sviluppo evolutivo della mezzadria già sopra rammentato (n. 72), è perfettamente esatto (prescindo qui dall'esattezza del punto di vista dell'attuale assetto economico-giuridico della mezzadria).

È insomma il *quasi societatis jus*, di cui al cit. fr. 25 § 6 *loc.*, 19, 2, sul quale tanto si è arzigogolato nella dottrina: la quale anche qui oscillò tra due poli: società e locazione, quasi fosse fatale che, schivato l'uno si dovesse accogliere l'altro. Invece i rapporti a struttura associativa, ripeto ancora, sono vari, secondo l'affrattellamento (non saprei trovar parola migliore) tra le forze associate ²). Con questa avvertenza cadono da sé molti degli argomenti in favore della locazione

verso il contratto di lavoro, una « sfumatura di società ». E anche il CARNELUTTI ammette la sussumibilità della mezzadria nella categoria cui appartengono i rapporti a base di partecipazione pura ai profitti, una specie di mezzadria (?) industriale.

¹) Che la direzione spetti al padrone è riconosciuto nel progetto francese 18 luglio 1889 sulla colonia, art. 5; è ammesso teoricamente dal BOHMERT, cit., pag. 36-37; e per i nostri usi dalla Corte Suprema di Roma, 29 febr. 1912, *Foro*, 1912, I, 262. Anzi il capitolato del 1906 tra il Comizio agrario di Ravenna e la Associazione tra coloni reca all'art. 11: « Per la natura stessa del contratto colonico il conducente, senza bisogno di patto speciale, ha la direzione della colonia e ne invigila e governa il buon andamento ». Questa è direzione non nelle linee generali, ma, come giustamente osserva la Corte cit., nei più estremi dettagli. Cfr. ABELLO, cit., pag. 513.

²) A questo elemento allude l'ottima sentenza già cit. della Cass. di Roma, avvertendo la necessità imprescindibile che nell'esercizio della mezzadria vi sia « spirito di unione, fiducia e confidenza reciproca tra i contraenti ».

fondati sull'incompatibilità, verissima, della società colla colonia parziaria ¹⁾).

78. La conclusione cui siamo pervenuti è pienamente confermata dall'esame dell'atteggiamento che questi rapporti di lavoro prestato contro partecipazione al prodotto, o agli utili del prodotto assumono nella pratica ²⁾).

In linea generale questi rapporti risentono o tendono a risentire l'inconveniente della loro natura che non è contratto di scambio, ma non è neppure società. Vi è associazione, decisamente; ma d'altro canto le parti non sono su piede di eguaglianza; se lo fossero, vi sarebbe società, e questa ipotesi noi abbiamo fin da principio eliminato. E infatti l'art. 86 C. comm. già sopra ricordato esclude che la partecipazione agli utili concessa agli impiegati o altri dipendenti dalla società (ecco il rapporto di subordinazione) attribuisca per sé sola ad essi la qualità di soci. Secondo il Manara ³⁾ ciò si spiega colla mancanza della *affectio societatis*. Noi possiamo ammettere, convenendo nella sostanza, che non vi è eguaglianza assoluta, perchè vi è una delle parti che ha o pretende avere una maggiore ingerenza nell'affare al quale chiama a collaborare l'altra parte. Di solito quest'altra parte è chi dà il lavoro; abbiamo così l'industriale o il proprietario o l'affittuario di fondi che chiamano a sé il lavoro che loro abbisogna colla promessa di partecipazione al prodotto in misura concordata. Infatti la ragione intima che determina la stipulazione di questi rapporti è di trasformare il lavoratore salariato, cioè indifferente e ostile, in un cointeressato: col vantaggio di spronare il suo zelo, diminuire la necessità e le spese della sorveglianza e della direzione ⁴⁾. È però sempre una trasformazione che conserva in parte certi inconvenienti del contratto di lavoro, ne perpetua in un certo senso lo spirito, pur variando la veste giuridica. Ed è qui che, come in una parte della dottrina, sono nati gli equivoci fino a ritenere che l'affare sia addirittura dell'industriale o del proprietario del terreno, benchè « un terzo fino a un certo punto sia interessato... » ⁵⁾. Così bene spesso in

¹⁾ Notiamo che quanto alla colonia la teoria da noi accettata è stata codificata in Francia colla legge 18 luglio 1889. In proposito cfr. la relazione alla Camera francese, seduta del 14 giugno 1888, pag. 27.

²⁾ Per la bibliografia, ricchissima, sulla partecipazione ai profitti cfr. COSSA L. nel *Giornale d. Economisti*, 1894 (agosto), e COSSA E., *Conflitti ed alleanze di capitale e lavoro*. Naturalmente io mi interessò del lato economico solo per quel tanto che è indispensabile per intendere la struttura giuridica del rapporto.

³⁾ *Società ed associazioni commerciali*, I, p. 331.

⁴⁾ Che la direzione sia diminuita non vuol dire che la si elimini, se il lavoro non è autonomo; ed è appunto una conseguenza del carattere associativo se non una conseguenza caratteristica ed esclusiva di quest'ultimo.

⁵⁾ Parole del CROMÉ, op. cit., p. 223.

pratica è sorto tra le parti associate un dissidio insanabile. Il lavoratore si abitua in realtà a considerare come affare altrui quello per cui lavora; concepisce il proprio come un interesse solo mediato ed esso (e la dottrina lo ha esplicitamente confermato)¹⁾. E giunto a questo punto comincia a pensare che non è giusto che su lui gravi l'alea dell'azienda e tollera malvolentieri la pura partecipazione ai profitti.

79. Tuttavia vi sono due casi in cui questo disagio non si verifica. Intanto fin qui abbiamo considerato l'ipotesi di lavoro subordinato alla direttiva e alla guida dell'altra parte. Se si tratta invece di lavoro autonomo la cosa muta d'aspetto. Anzitutto io sono d'avviso che in un caso siffatto molto più frequentemente si abbia una vera società: la maggior dignità del lavoro per lo più comporta più facilmente quell'eguaglianza assoluta di posizione giuridica nelle parti che è stata definita come *animus contrahendae societatis*. Si aggiunga che il lavoratore autonomo subisce il rischio del proprio lavoro; da questo punto di vista la locazione d'opera si accosta al rapporto a struttura associativa assai più della locazione d'opere. La direzione del lavoro non spetta all'altra parte ma a chi dà il proprio lavoro; esso ha una ingerenza nell'azienda comune assai maggiore che non l'abbia l'altra parte. Qui si dà anzi, bene spesso, il caso che il promotore dell'associazione delle forze sia il lavoratore, che si aggrega, ad es., chi gli fornisce il capitale; l'affare è, in un certo senso, più di quello che di quest'ultimo. E da ciò deriva pure in molti casi la non necessità di controlli, che costituiscono il lato debole del lavoro subordinato con partecipazione agli utili. In quest'ultimo caso il lavoratore finisce col'essere in realtà estraneo alla direzione e amministrazione dell'azienda; il lavoratore autonomo, no²⁾. Naturalmente la necessità di controlli

¹⁾ CROME, op. e l. cit.

²⁾ Un caso di questo genere è quello dell'autore e dell'editore che pattuiscono la partecipazione agli utili per lo più dopo detratte le spese fatte dall'editore. È evidente che non vi è società (d'accordo su ciò il DE-GREGORIO, *Il contratto di edizione*, 1913, p. 103) e non vi è neppur contratto di scambio. Anche qui il MANARA, *Società ed assoc. comm.*, I, p. 329, ritiene che se manca l'*affectio societatis* è vendita, se vi è società. Io credo invece che non vi sia mai contratto di scambio, e neppure di regola società: e in ciò dissento dal DE GREGORIO, che se non erro, escludendo anche l'associazione in partecipazione, secondo me a torto, deve necessariamente concludere col ritenere che permanga il tipo dello scambio. In realtà è associazione a tipo incompleto: l'autore finisce col rimettersi, in pratica, all'onestà dell'editore. Come si capisce, a un contratto di questo genere si indurranno solo gli autori novellini, o di cui l'opera, per l'argomento che tratta, non dia affidamento di larga diffusione. In realtà dunque l'autore si sente estraneo all'impresa che, relativamente all'opera sua, ha assunto l'editore. Cfr. CROME, op. cit., p. 469, che è in questo senso). Il CROME, naturalmente, segue anche qui la sua direttiva: contratto di scambio modificato. Avverto infine che questo esempio mi interessa non solo in

sorge anche qui se l'altra parte si è riservata, ad es., lo smercio dei prodotti, o ha fatto gli acquisti dalle materie prime, ecc., occorrenti alla produzione. Ma, insomma, la via qui è assai più agevolata alla formazione pratica e feconda di un rapporto a struttura associativa. Caso mai qui è il caso di tutelare il capitalista, che bene spesso si trova a dover fidarsi del lavoratore, estraneo com'è, per lo più, alla gestione dell'azienda.

Ma soprattutto il lavoratore autonomo, appunto come tale, è un imprenditore (anche in minime proporzioni), a cui carico sta l'alea del lavoro; se l'*opus* è impossibile, nulla guadagna, e vi rimetterà anzi le spese fatte. Tanto più facilmente perciò si adatterà ai rischi dell'associazione. I quali sono più gravi; perchè il rischio che normalmente non colpisce il lavoratore autonomo, nel contratto di lavoro, perchè non cade nella sfera della sua impresa, è certo che colpisce, viceversa, tanto il lavoratore come il suo associato nell'altro tipo di rapporto. E anche qui non consento col Crome, che, come per il lavoro non autonomo, ammette anche a favore del lavoratore autonomo un diritto al compenso quando questo avrebbe dovuto esser pagato normalmente¹⁾: in ciò pure vi ha il solito adattamento alle regole del contratto di lavoro che costituisce una violenza fatta al reale contenuto del contratto per la necessità di rimanere conseguente al tipo « contratto di lavoro ». E infine il capitalista (chiamiamo così, per intenderci, la parte che non dà il proprio lavoro) può recedere dall'associazione salvo indennizzare il lavoratore, così come (art. 1641) se assume la veste di committente può sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto, tenendo indenne l'imprenditore.

Tutto ciò spiega come praticamente questo rapporto possa vivere abbastanza bene. E infatti già Catone²⁾ discorreva del rapporto (associativo secondo me) tra chi dà la calce da cuocere e chi la cuoce; il primo dà la legna, il secondo *quod opus siet praebebit*. Meglio ancora si discorre del *politor*, cioè di chi si assume il miglioramento del fondo, con partecipazione ai prodotti (contratto di migliororia). Il codice nostro, infine, disciplina esplicitamente la custodia e l'allevamento del bestiame in forma parziaria o associativa (contratto di soccida semplice, art. 1669)³⁾. Veramente il codice ne discorre come caso di lo-

quanto l'autore abbia assunto contrattualmente coll'editore l'obbligo di scrivere un'opera su dato argomento; ma anche se il manoscritto è pronto: perchè anche in tal caso la prestazione di lavoro c'è (per parte dell'editore).

¹⁾ Op. cit., p. 329.

²⁾ CATO, *De re rustica*, c. 16, 136, 137.

³⁾ Qui vi può essere talora (ma non è frequente) vera società. Del resto già ULPIANO scriveva (fr 52 § 2 soc., 17, 2): « ... Si in coeunda societate... artem operam vel pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum..... ». Contro cit. COVIELLO, *Caso fortuito*, pag. 338, e la prevalente dottrina italiana, favorevole,

cazione (locazione o soccida o soccio). Io però dubito molto che questa classificazione, che ha carattere dogmatico, e non normativo, sia vincolativa. Certo sono vincolative le norme che disciplinano il rapporto: ma è da esse appunto che si rileva il carattere associativo. Tutt'al più se ne induce il ricorso, nel dubbio, alle regole della locazione compatibili colla struttura associativa.

80. L'altro caso in cui troviamo in pieno fiore l'attuazione del rapporto di lavoro a struttura associativa è quello della colonia parziaria o mezzadria. È da notare che oggi, come sopra abbiamo già osservato, qui vi ha lavoro in prevalenza subordinato: gli usi locali, che qui hanno gran parte, e la giurisprudenza hanno constatato la effettiva prevalenza del proprietario della terra quanto alla direzione dell'attività agriaria. Se si aggiunge che non v'ha affatto, come nella società, comunione di patrimonio, perchè il proprietario rimane appunto proprietario della terra, è necessario convenire che il fenomeno della « cooperazione » qui non sussiste in tutta la interezza (cioè con piena eguaglianza di posizione giuridica delle parti) come nella società, pur attuandosi in sostanza. Ma tuttavia la mezzadria (o terziera, ecc.) e in genere la colonia parziaria ha trovato modo di vivere e di vivere a lungo e robustamente. In realtà la forma parziaria attecchisce già oggi (e da molto tempo) in certi rami dell'attività umana in cui da un lato il rischio è così notevole, che la produzione è incerta, e problematica più o meno sempre la distribuzione del prodotto: si sente perciò la convenienza di distribuire quest'alea su tutti: su chi dà il capitale, come su chi dà il lavoro¹). E d'altra parte la forma associativa è resa possibile perchè la natura della produzione è tale da non esigere in via assoluta quel terzo fattore della produzione che è il talento organizzatore, la peculiare capacità amministrativa, la speciale abilità tecnica che rendono necessaria, oggi, la figura dell'imprenditore, e, quindi, il tipo del « contratto di lavoro ». Vediamo, ad es., i due casi della produzione agricola e della pesca. Qui certo il prodotto può ottenersi coi metodi tradizionali che il lavoratore conosce perfettamente. E in tal caso non vi è quella assoluta estraneità del lavoratore alla direzione dell'azienda che caratterizza il contratto di lavoro.

In analoga situazione si trova il contratto di arruolamento dell'equipaggio con partecipazione ai noli o ai profitti di cui sopra s'è discusso, e

come per la mezzadria, alla locazione. Ma indubbiamente è società la soccida a metà (art. 1684), come avverte la stessa legge. Qui vi è infatti quell'assoluta eguaglianza di posizione giuridica, che si spinge sino alla comproprietà degli animali messi in comune, che manca nell'altra forma di soccida. Anche qui sarebbe, naturalmente, irrettata un'illazione per quest'ultima soccida, in favore della locazione di cosa.

¹) Cfr. DELLA VOLTA, *Le forme della remunerazione del lavoro*, p. 42.

specialmente quest'ultimo. La partecipazione ai profitti ha luogo, si può dire, esclusivamente per la pesca ¹⁾. Ora, quest'industria, dato il modo ancora primitivo con cui è esercitata in Italia, presuppone in pratica un tecnicismo tradizionale e non gran che evoluto nei mezzi, e una collaborazione intensa e intima del padrone della barca e dei marinai arruolati; vi è subordinazione, ma mitigata dalla natura del lavoro che è vera cooperazione, gerita e controllata direttamente dal marinaio ²⁾. Ora, è vero appunto per la mezzadria e per la pesca quello che pel lavoro autonomo nella maggior parte dei casi: il mezzadro non è, come l'operaio con pura partecipazione ai profitti, estraneo all'azienda, ma ne è lui il fulcro, lui l'anima. Perché e lui che coltiva il fondo, e che all'uopo riceve in detenzione il fondo. La gestione agraria è opera sua, benchè vi collabori, specialmente colla sorveglianza, col determinare certe linee direttive, ecc., il proprietario o il conduttore. Nessun bisogno, quindi, di controlli, niente di quelle difficoltà pratiche che si verificano per il lavoro industriale subordinato ³⁾. E anche qui è caso mai necessario tutelare il proprietario, non già il colono. Ed è così che si spiegano certe cautele dettate dalla legge: ad es., art. 1660 ⁴⁾.

Per la pesca poi vi sono ragioni speciali: il DELLA VOLTA ricorda la necessità qui che il personale assunto dal padrone della barca dimostri uno zelo straordinario e un gran coraggio, dati i rischi; occorre inoltre la massima armonia tra le parti, quell'affiatamento che facilita il fenomeno della cooperazione.

¹⁾ Anche il commercio del vino tra la Sardegna e il continente si fa quasi esclusivamente col sistema della partecipazione agli utili, e cioè a ciò che resta sul prezzo del vino venduto detratto il rimborso delle spese e la remunerazione del capitale.

²⁾ Il LYON-CAEN, relatore del congresso della partecipazione agli utili del 1900 (vedine il *Compte-rendu*, p. 36), ritiene invece che il rapporto che vincola l'equaggio all'armatore con divisione del guadagno sia locazione d'opera modificata dalla partecipazione agli utili. La differenza tra gli operai di terra che non consentono a correre l'alea di una mercede, e di mare che vi sottostanno non è che differenza di fatto insignificante. Anche il LYON-CAEN è vittima dell'errore comune (in cui è caduto il CROME), di passare senza transizioni dall'associazione perfetta allo scambio.

³⁾ Si aggiunga che il lavoratore dei campi è, come osserva bene il DELLA VOLTA, op. cit. p. 67, in migliori condizioni di altri, perchè è in grado di sfamarsi giorno per giorno direttamente coi frutti della terra. E abbiamo pure visto che praticamente si attua il sistema dei soccorsi invernali per parte del proprietario.

⁴⁾ Controllo agevolato da ciò, che in pratica i frutti di stalla e di cortile appartengono interamente al colono. Cfr. già BOHMERT, *La participation aux bénéfices*, p. 32. Ciò è usanza (per i frutti di stalla e di cortile) ad es. nella mezzadria in provincia di Treviso, COLETTI, op. cit., p. 33.

Del resto bisogna pur notare che questa posizione del colono sarebbe incompatibile con un suo completo asservimento al proprietario. La mezzadria vive e fiorisce, perchè il colono ha una parte propria anche nella direttiva della gestione; entro certi limiti vi ha quella vera collaborazione che è proprio del puro e tipico rapporto associativo. Senza dire che una parte del capitale mobile è pure a carico del colono: il bestiame occorrente alla gestione agraria (art. 1655) e una parte delle sementi.

Naturalmente questa forma parziaria, resa possibile da quei presupposti, reca in sé il germe della sua impotenza quando uno di quei presupposti, il primo, muti. Se si vogliono adottare, nella coltivazione agricola, metodi nuovi, o fare esperimenti, insomma se si vuole innovare al lume della più evoluta tecnica moderna, la forma parziaria si rivela inadeguata; il lavoratore non capisce queste novità per lo più (ma non sempre: su ciò si notano oggi in certe regioni classiche della mezzadria notevoli progressi, è talora il proprietario il più restio)¹⁾. Insomma qui risale a galla quel medesimo inconveniente che vedemmo opporsi, oggi, al successo della partecipazione ai profitti: è una forma parziaria o di cooperazione, cioè, innestata su un tronco sostanzialmente anticooperatore²⁾, perchè l'una delle parti accentra, e l'altra rimane estranea alle direttive del lavoro³⁾. Quando adunque quel presupposto muta, e il proprietario (o l'affittuario) della terra intende attuare criteri propri e nuovi di coltivazione non rimane che il contratto di lavoro: il contratto di lavoro agrario, largamente diffuso nella valle Padana.

Comunque, è certo che la colonia parziaria resiste vittoriosamente accanto, e qualche volta di fronte al contratto di lavoro agrario.

Infatti nella colonia parziaria abbiamo il fenomeno della cooperazione; nel cosiddetto bracciantato il vero contratto di lavoro agrario.

¹⁾ Debbo ricordare che la mezzadria è un istituto che si va evolvendo: qui mi limito a quella, non ancor perfetta, e la più frequente, che porta ancora in grembo la disparità di condizione che l'esclude dalla società come tipo di contratto.

²⁾ L'inconveniente di questa forma di attuazione incompleta, ripeto, sta soprattutto nella necessità di conciliare la subordinazione colla riunione associativa delle forze verso una meta comune. E così nella mezzadria vi è il problema grave: fin dove arrivi la subordinazione del colono, cioè la direzione spettante all'altra parte. Non ho bisogno di ricordare le lotte in Romagna per la scelta della trebbiatrice. Data l'indole del rapporto, principii assoluti qui non si danno: sono gli atteggiamenti locali che decidono.

³⁾ Il ragionamento che muove le parti per lo più riflette esattamente il contrasto di cui nel testo: il proprietario non mette capitali in migliorie, per non dover lasciare metà degli utili all'altra parte; e il colono non dà un di più di lavoro per quelle migliorie, perchè sa che di una metà dei vantaggi non beneficerà lui. Cfr. VALENTI, *Studi di politica agraria* (1914), p. 206. È la conseguenza di questa associazione di forze disuguali.

Nella prima due forze che procedono parallelamente verso un fine comune; nel secondo due forze naturalmente ostili, antitetiche, e che si intendono quando le due curve della domanda e dell'offerta riescano provvisoriamente ad incontrarsi: nel qual caso abbiamo trattati di armistizio, più che di pace, perchè la lotta più o meno cova sordamente. Il mezzadro, associato al proprietario della terra, si affeziona a quest'ultima, che considera in parte come cosa sua; lo scopo che si propone di raggiungere il proprietario, col lavoro del mezzadro, è pure il medesimo scopo che determina il colono a dare il suo lavoro. Invece il bracciante è affatto estraneo allo scopo che il proprietario si propone (la produzione agraria); questo non lo concerne affatto¹⁾.

81. Ecco, in poche parole, riprodotto esattamente per il lavoro agrario quanto abbiamo già teoricamente dedotto dall'esame comparativo dei due tipi contrattuali, contratto di lavoro e contratto a struttura parziaria. La mezzadria assicura (almeno come tendenza generale) la pace sociale²⁾; il bracciantato è fonte di continui disor-

¹⁾ Da ciò il carattere duraturo del rapporto derivante dalla mezzadria (anche, come è per lo più, se tacitamente rinnovato d'anno in anno), che è una delle cause che fanno preferire la colonia (o mezzadria) al contratto di lavoro, quand'anche le condizioni economiche del bracciante siano eguali a quelle del mezzadro. Il VALENTI, op. cit., p. 201, osserva, quanto al bracciantato, come « il nessun interesse ai risultati nella produzione e l'idea che altri goda dei frutti del lavoro proprio » (dettate in specie dall'estraneità allo scopo della gestione agraria) creino di continuo malcontenti e turbolenze.

²⁾ Il relatore della Commissione parlamentare di inchiesta che studio d'avvicino i casi di Romagna ritenne che « la mezzadria è un prezioso elemento d'ordine ». *Relaz.*, cit., p. CI. Perciò a rimedio contro i conflitti agrari della Romagna la Commissione già cit., per bocca del suo presidente on. CHIMARRI, proponeva di interessare stabilmente due terzi dei braccianti facendone mezzadri, o creando affittanze collettive (p. CI). Io però non credo che questa soluzione sia perfetta: essa rappresenta solo un miglioramento. Infatti ho già sopra segnalato gli inconvenienti che a questa forma parziaria sono connessi in forza della sua stessa struttura di imperfetta cooperazione. Aggiungerò il crescente assenteismo dei proprietari; che rende più deficiente la direzione tecnica dell'azienda agraria a base parziaria. Colla Commissione succitata cfr. pure il GENNARI, in un suo studio sulle *Associazioni agricole del Ferrarese*. Ad ogni modo ci si può opporre, ed è verissimo, che neppure la mezzadria è arrischiata di pace, se i patti non sono soddisfacenti: qui torna a galla l'intento individuale e egoistico rispetto a cui l'associazione non è che un mezzo di attuazione, come si è visto. Ricordo come nell'Umbria, terra classica della mezzadria, scioperi violenti siano scoppiati, per le cattive condizioni del colono (io qui mi riferisco soprattutto a quanto asserisce il COLETTI, op. cit., p. 40), grazie all'arma formidabile che essi posseggono dell'abbandono del bestiame, che è tutto padronale, cioè rispetto a cui non vi ha comunanza di scopi. Ricordo infine che se è meno facile l'organizzazione sindacale dei mezzadri, per le ragioni che abbiamo visto, assurdo poi è fonderli nella resistenza ai padroni coi braccianti (in Romagna se ne è fatta la dura esperienza). Altrove esistono i sindacati di mezzadri, come nel *Bourbonnais*, a quanto riferisce il SOUCHON, in *Questions pratiques de légis. ouvrière*, 1914, p. 134.

dini; vi è un lievito di lotta che fermenta ed esplode ¹⁾: lo sanno le regioni ubertose del Ferrarese e della Romagna, annualmente teatro di violenze. E la causa di queste lotte è tutta racchiusa qui. I braccianti, in posizione antitetica ai proprietari, hanno sentito il bisogno di organizzarsi in sindacato, per agguerrirsi nella lotta. Ma gli organizzatori non hanno potuto far breccia nei mezzadri: che ragione, in questi, di organizzarsi contro la proprietà fondiaria, quando con questa hanno interessi comuni? Quando il mezzadro è attaccatissimo alla terra? I mezzadri sono cointeressati; i braccianti sono completamente estranei. È qui tutta la ragione sostanziale della lotta tra i gialli e i rossi ²⁾. Tutte le altre cause della lotta, come fu giustamente osservato dai testimoni più spassionati e competenti, sono irrilevanti, o alcune affatto secondarie: che i braccianti siano socialisti e i mezzadri repubblicani è fenomeno posteriore: i mezzadri, alleati coi borghesi (in Romagna prevalentemente repubblicani e anticollettivisti) non potevano essere socialisti.

Dopo ciò è logico che i socialisti considerino, dal loro punto di vista, la mezzadria come istituto del passato; secondo essi deve cessare per far posto a forme più evolute: per es., la locazione collettiva (la cosiddetta affittanza collettiva). Ora, escludere la mezzadria per certe regioni, è, per ora, assurdo. Essa, ad ogni modo, è forma più evoluta del bracciantato. Ed è infatti diffusa l'opinione (accolta, si noti, anche da socialisti molto autorevoli) per la quale il bracciantato o l'avventiziato agrario (il contratto di lavoro) già condannato teoricamente, per l'assurdità di un lavoratore agricolo che sia disinteressato e estraneo alla produzione agraria alla quale il suo lavoro mira ³⁾, sia una forma di lavoro agrario o impiego della mano d'opera per sé imperfetta e di cui è desiderabile una più o meno prossima scomparsa. Naturalmente ciò richiederà la cessazione del latifondo, e l'appoderaamento ⁴⁾ del suolo: allora solamente potrà formarsi in sostituzione del bracciante, che è completamente disinteressato dalla ragione del suo lavoro, una classe di mezzadri e, meglio ancora (ma, appunto perché fase più evoluta, la cosa è per ora assai più difficile), di affittuari ⁵⁾:

¹⁾ Il che porta a ciò, che il bisogno di una coalizione si sente tra proprietari di terreni coltivati ad economia, non tra quelli dati a colonia o mezzadria.

²⁾ Cfr. PERNOT, in *Revue des deux mondes*, 1911, I, p. 92.

³⁾ Cfr. BARATTA, in *Rivista internaz. di Scienze sociali*, 1909, p. 488.

⁴⁾ Proposto più volte da molti; cito ad es. l'on. POGGI, che vagheggiò persino la formazione di una Banca per ottenere questo intento; e invocò poi dallo Stato l'anticipo del capitale necessario per questo frazionamento. Cfr. *Corriere della Sera* del 23 luglio 1911.

⁵⁾ L'apice di questo processo evolutivo, come già abbiamo osservato, è toccato dalla piccola proprietà, dove l'interesse personale del lavoratore-proprietario arriva al suo più alto grado di intensità.

meglio ancora, ripeto, dal punto di vista del principio per cui il lavoro personale riesce tanto più fecondo e redditizio quanto maggiore è l'interesse del lavoratore al risultato del suo lavoro.

82. Tutto questo è una prova del solco profondo che separa il contratto di lavoro dal regime di cooperazione che è proprio dei rapporti che stiamo esaminando: altro che fare di questi rapporti dei rapporti di scambio! ⁴⁾. Ma una prova ulteriore è data dall'avversione profonda che « oggi » la più gran parte degli operai prova per questo ultimo regime giuridico, cosicchè si è potuto affermare ormai antiquato il sistema della partecipazione ai profitti, anche supplementare, a cui sono preferite quelle altre forme di sprone al lavoro che sono i premi (di cui sopra, p. 195) ⁵⁾. Si noti che la questione è specialmente pratica per il contratto di lavoro subordinato, cioè per la locazione di opere. L'operaio intuisce la differenza profonda tra i due sistemi: l'uno dei quali (l'ultimo) gli accolla i rischi della produzione, e lo costringe ad attendere che il processo produttivo sia esaurito e i prodotti siano venduti sul mercato, prima di ottenere la parte di guadagno che gli spetta. Ora, il pauperismo della grandissima maggioranza dei lavoratori li ha indotti, come si capisce, a preferire un sistema che assicuri ad essi un guadagno esente dall'alea dei rischi, e un guadagno, inoltre, immediato o a breve scadenza. Naturalmente questa sollecitudine, e la certezza della remunerazione, qualunque siano i rischi gravanti unicamente sul creditore del lavoro, escludono la possibilità di eventuali più lauti guadagni. Infatti il tasso della mercede è modesto, perchè il lavoratore, in considerazione del sollecito pagamento della mercede, deve pagare a chi riceve il suo lavoro e lo retribuisce gli interessi del capitale che l'imprenditore si fa anticipare per pagare i salari senza attendere la vendita sul mercato dei prodotti (quando si tratti di lavoro economicamente produttivo), e inoltre, in considerazione della

⁴⁾ Lo CHATELAIN asserisce (*La nature* ecc., p. 14 seg., spec. p. 18-23) che nel contratto di lavoro vi sono tutti gli elementi della società. In realtà lo CHATELAIN finisce coll'ammettere che per le esigenze delle condizioni sociali del lavoratore questi elementi assumono speciali atteggiamenti. Infatti: imprimono al rapporto carattere affatto diverso dalla società!! Cfr. *Revue trimestr.*, 1902, p. 335.

⁵⁾ Sul terreno della speculazione astratta si può e si deve simpatizzare colla partecipazione agli utili; ma è però sempre un sistema difettoso perchè intimamente contraddittorio. Tuttavia il DARGUN, in *Jahrbücher für die gesamte Staatswissenschaft*, 1884, p. 514 seg., aveva potuto dimostrare contro lo SCHMOLLER (*Lehre von Einkommen*, p. 24) che le energie di lavoro sono un capitale e su ciò escogitare tutto un sistema di partecipazione ai profitti, che elimini il contratto di lavoro e lo scambio. Pur troppo l'esperienza successiva del mondo economico l'ha smentito. Va pure osservato che una delle ragioni, anzi la ragione principe che ha consigliato la teoria che assimila in tutto o in parte il contratto di lavoro alla società è appunto la maggior dignità che così il rapporto assume per il lavoratore. Cfr. PIC, *Traité élément.*, p. 689, nota 2.

certezza della mercede, deve in certo modo all'altra parte il premio dell'assicurazione contro i rischi della produzione ¹⁾).

Ma la maggior mitezza del tasso della mercede non toglie che quei due vantaggi a cui questa mitezza si ricollega siano vivamente risentiti dalla classe del proletariato lavoratore ²⁾). E non del solo proletariato. La tendenza a evitare i rischi, e ad accontentarsi di un medio guadagno è tendenza molto diffusa, benchè nel ceto non proletario non saprebbe essere soverchiamente incoraggiata. Questo è vero in sostanza per le forme associative tutte, benchè per quelle che escludono l'intervento dell'imprenditore, cioè per quelle con cui l'impresa è assunta dagli stessi operai (le cooperative di produzione), vi sia qualche maggior simpatia nel ceto operaio: appunto per l'atteggiamento signorile qui assunto dai lavoratori. Queste rappresentano un effettivo miglioramento nella posizione dei lavoratori ³⁾); invece la partecipazione pura ai profitti di un'impresa assunta da un industriale fa sentire maggiormente gli inconvenienti di rischi che non sempre gli operai possono controllare ⁴⁾), perchè in questa forma ibrida di associazione, come abbiamo constatato, la direzione dell'azienda resta pur sempre imperniata nell'industriale. Questa è la ragione forse precipua per cui questa forma di cooperazione non piena che è data dalla « partecipazione ai profitti » non incontra la simpatia della massa lavoratrice ⁵⁾). Partecipazione ai profitti: cioè distribuzione ai lavoratori di una parte degli eventuali profitti che l'attività e l'abilità di chi è effettivamente il capo dell'azienda avrà saputo procacciare ⁶⁾). Dove non vi è la diretta partecipazione di tutti ai criteri

¹⁾ Cfr. DE MOLINARI, *Les bourses du travail*, p. 7. Per la stessa ragione gli stipendi degli impiegati di pubbliche amministrazioni sono ordinariamente minori di quelli degli impiegati sottoposti a private aziende.

²⁾ Non escludo che talora i sindacati ostacolino le forme associative coll'intento di acutizzare il regime di salariato, per renderne più sensibili gli inconvenienti e precipitarne lo sviluppo. Questo asserisce ad. es. il LORIA, per le *Trades Unions, Movimento operaio*, p. 31. Ma indubbiamente questa ragione di tattica non basta a spiegare l'avversione degli operai per le forme associative.

³⁾ Cfr. PANTALEONI, *Scritti vari*, I, p. 233.

⁴⁾ I lavoratori non economicamente evoluti preferiranno perciò sempre la partecipazione ai profitti nella forma certa, sebbene di reddito eventualmente minore, dell'aumento della mercede fissa, che non implica associazione.

⁵⁾ E anche degli industriali, a quanto si può rilevare dal libro, già più volte citato, di carattere pratico più che teorico (perciò tanto più importante), ma alquanto unilaterale del FOLLIN, *Le contrat de travail et la participation aux bénéfices* (1909). Naturalmente alludo qui alla partecipazione pura.

⁶⁾ Colla partecipazione pura ai profitti l'operaio guadagna più o meno non già esclusivamente (come ritiene la dottrina socialista) secondo il proprio lavoro, ma, data la funzione rilevante dell'imprenditore nel processo produttivo, secondo la maggiore o minore abilità dell'imprenditore, pur essendo il lavoro dell'operaio o dell'impiegato di eguale intensità. È appunto questo rischio, che non è la valutazione di-

direttivi dell'azienda non può neppur formarsi il senso della propria responsabilità che può rendere accetti i rischi di un profitto magro o anche nullo. È, questa, una forma incompleta di cooperazione, non solo perchè non vi è la distribuzione delle perdite, che ricadono tutte sul capo dell'azienda (e ciò giustifica l'autonomia dei suoi criteri direttivi), ma perchè la partecipazione pura ai profitti (eliminando cioè un salario fisso come minimum) genera quella sostanziale estraneità del lavoratore allo scopo diretto del suo lavoro, che è tipico del contratto di lavoro, e che abbiamo sopra avvertito anche in questo rapporto a struttura associativa incompleta ¹⁾. Il Fawcett ²⁾, che era favorevole alla partecipazione ai profitti, riteneva che la somma pagata agli operai con tale sistema non è un sacrificio dell'imprenditore, non è prelevata sui profitti di lui. In senso strettamente giuridico ciò è vero, dal momento che vi è rapporto associativo: ma ciò non toglie che in realtà il maggiore o minor guadagno, come avverte il Guyot ³⁾, proviene dall'impresa, non dal lavoro: cioè, aggiungo io, la partecipazione pura implica la persistenza di elementi propri del contratto di lavoro che sono in contraddizione coll'alea della pura distribuzione qualitativa dei profitti eventuali.

Non è dunque solamente dal punto di vista della renitenza ad assumersi i rischi connessi all'aleatoria distribuzione qualitativa dei profitti che la « partecipazione ai profitti » incontra delle difficoltà nella sua pratica attuazione. E si noti che la parte prevalente, anzi assorbente che si riserva l'imprenditore, nella direzione dell'azienda, è fenomeno irresistibile: fino a che non avremo che un'associazione

retta del loro lavoro, che gli operai non intendono. Essi non capiscono, non hanno di solito alcuna idea dei rischi e delle difficoltà in cui si muove l'industria, e dei danni talora irreparabili che gli scioperi le arrecano (SMART, *La répartition du revenu national*, Paris, 1902, p. 126). A ciò occorre una maturità economica, una fiducia nel capo che non sempre c'è. Quel sistema attecchisce perciò se si tratta di lavoratori non proletari (cfr. DELLA VOLTA, cit., p. 67), che sanno affidarsi al rischio. E se si tratta di lavoratori proletari industriali occorre che i rischi siano ridotti a quantità minime o il prodotto sia molto sollecito; oppure che si tratti di impresa a tipo patriarcale, dove vi è comunanza di lavoro col capo; ciò che ha luogo specialmente nell'artigianato. Cfr. CONRAD, op. e l. cit.

¹⁾ Fu asserito che la partecipazione ai profitti presuppone che sia attuato col sistema cooperativo. Ma allora avremmo l'eliminazione completa di ogni antitesi tra capitale e lavoro colla attuazione piena della società. Praticamente non vedo come il sistema possa rifiorire. Cfr. *Revue politique et parlementaire*, 1909, p. 225 sg. Certo è ad ogni modo che, oggi come oggi, l'estraneità sostanziale del lavoratore all'azienda gli fa considerare la sua quota di utili, specie se unita a una mercede fissa, come un dono, una generosità o, peggio, un'elemosina dell'industriale.

²⁾ *Travail et salaires*, p. 59.

³⁾ *Conflicts du travail*, p. 187. Se, scrive il GUYOT, i tipografi a partecipazione di profitti lavorano per un giornale non dipendono da loro, ma dalla direzione i danni e i benefici del giornale.

limitatamente ai soli profitti tra industriale e operai, avremo sempre nell'industriale una mente direttiva gelosissima della propria autonomia direttiva e amministrativa ¹). Il fatto che le perdite sono a suo carico, ripetiamo (gli operai non ci rimettono che il lavoro consumato inutilmente), giustifica tutto ciò. Egli è nemico, naturalmente, di ogni controllo; la lotta aspra della concorrenza lo rende sospettoso d'ogni intromissione nei segreti della direzione dell'azienda, concernenti il modo di accaparramento e costituzione del capitale, l'organizzazione dei mezzi di lavoro, l'acquisto di materie prime, il modo della loro trasformazione in prodotti, lo smercio di questi ultimi ²). D'altra parte vi sono aziende per le quali questa autonomia direttiva è essenziale; per le quali quindi non sarebbe possibile la cessazione di quella sostanziale estraneità allo scopo del lavoro che caratterizza il contratto di lavoro. Per es., un'azienda giornalistica; si può « fino a un certo punto » (e anche questo è discutibile) ammettere la partecipazione agli utili per il membro della redazione; ma come ammetterlo per gli operai della tipografia? Come concepire degli operai tipografi che collaborano col direttore del giornale alla direzione politica di quest'ultimo? Eppure la partecipazione agli utili sopprimente la mercede fissa come minimo, per svolgersi e attuarsi senza intime contraddizioni, senza rimanere al primo gradino della scala evolutiva, dovrebbe logicamente condurre a questa collaborazione nella direzione dell'azienda o, per lo meno, a dei controlli nella direzione assunta dall'industriale.

Dopo tutto ciò si può anche capire la guerra che le unioni di mestiere fanno a tutte queste forme ibride di cooperazione, o da sole, o, più specialmente, come integrazione del salario: più specialmente, perchè nel mondo industriale, come dicevamo, non esiste che questa ultima ipotesi. Anzitutto gli operai a partecipazione al profitto non sentono il bisogno di coalizzarsi cogli altri operai. Ciò si riconnette alla dipendenza in cui l'esclusiva gestione degli utili fatta dall'imprenditore li tiene verso di lui ³). Inoltre questa partecipazione, variabile malgrado la costanza del lavoro, che è un di più oltre il salario, ed è gerita esclusivamente dall'imprenditore, ha un po' il carattere di una sua concessione, di una liberalità, come s'è visto: e ciò, come atto da una parte a ferire nella dignità della propria autonoma affermazione il lavoratore (qui mi limito a riferire, non esprimo un mio giudizio, si intende), e dall'altra a infiacchire questo senso di dignità, porta a uno sgretolamento dell'autonoma afferma-

¹) Sulla necessità di questa autonomia dell'industriale cfr. ROGER MERLIN, *Contrat de travail*, p. 144 sg.

²) Cfr. GUYOT, *L'organisation commerciale du travail*, 1900.

³) Cfr. in proposito l'opera classica dei coniugi WEBB, *La democrazia industriale*, in *Bibliot. dell'Econom.*, V, 7, p. 523.

zione degli operai, quindi della loro organizzazione ¹⁾. Gli operai rigidamente unionisti sono avversi a tutto ciò che diminuisce quel forte e netto distacco tra capitale e lavoro, che è la loro arma di combattimento: senza aggiungere che, se vi è salario fisso, la partecipazione contribuisce ad abbassarne il tasso, e ciò ha una ripercussione sugli altri salari senza partecipazione. Tutto ciò, si intende, dal punto di vista della organizzazione operaia ²⁾.

Quanto sin qua s'è detto riguarda, veramente, solo la forma incompleta di cooperazione che è data dalla pura partecipazione agli utili. Ma in via generale rimane sempre l'avversione del lavoratore per la assunzione del rischio; e anche per l'ingerimento nella direzione dell'azienda, che pure sarebbe logica conseguenza della perfetta e logica cooperazione ³⁾. L'operaio, osserva benissimo il Guyot ⁴⁾, preferirà sempre la divisione di tutti gli utili effettivi, si opporrà alle riserve, a ogni forma di accantonamento per una più sollecita ammortizzazione. L'operaio perciò, così conclude il Guyot, « deve » rimanere estraneo alle sorti dell'azienda, così come l'industriale deve mantenersi estraneo al modo con cui gli operai spendono il loro salario ⁵⁾. Veramente questa conclusione potrà al più rispecchiare il momento storico attuale; nel Guyot, invece, attratto dalla visione della sua « commercializzazione del lavoro » ⁶⁾ sembra avere un valore assoluto; nel

¹⁾ Io non credo che l'avversione operaia abbia a diminuire per il sistema delle azioni del lavoro, nonostante ARISTIDE BRIAND vi veda il mezzo efficace giuridico per ottenere l'associazione degli operai all'impresa. Cfr. in ANTONELLI, cit., p. III, Vi sono delle attribuzioni collettive (di coalizione) a cui l'operaio non rinuncerà mai, per la tutela di un interesse patrimoniale meramente individuale. Cfr. ANTONELLI, cit., p. 66-67. E del resto si diedero scioperi anche con regime di partecipazione al capitale.

²⁾ Inutile aggiungere che, come è risaputo, dal punto di vista socialista il sistema è anche più avversato per ciò, che con MARX questi profitti si ritengono un'illecita appropriazione dell'imprenditore, e sempre dovuti al lavoro.

³⁾ È istruttiva la storia, abbastanza recente, della proposta che il FURNESS, uno dei più grandi industriali inglesi, fece ai suoi operai. Dapprima propose loro di cedere ad essi, dietro congruo prezzo di stima, tutti i suoi cantieri; i forti capitali e la potente organizzazione delle *Trade Unions* avrebbero dovuto, secondo il FURNESS (nella cui proposta però c'era una punta di sottile ironia), garantire il successo. Gli operai rifiutarono perchè non intendevano arrischiare il loro denaro. Il FURNESS propose la partecipazione agli utili. Ignoro se gli operai accettarono: ma, a voler essere conseguenti, avrebbero dovuto rifiutare, perchè anche qui c'è il rischio, sia pure in minori proporzioni.

⁴⁾ *Confits du travail*, cit., p. 187.

⁵⁾ Op. cit., p. 188.

⁶⁾ Sulla quale appresso laddove discorreremo del rapporto di subordinazione. Il curioso è che lo stesso GUYOT, op. cit., p. 300, non sembra alieno dal considerare il tipo da lui vagheggiato di contratto di lavoro, prodotto dalla massima indipendenza ed estraneità del lavoratore di fronte all'industriale, come una società in accomandita, in cui l'industriale darebbe in accomandita strumenti e materie prime

quale non potrei concordare: almeno come ideale deve necessariamente risplendere la forma di cooperazione come forma più evoluta di gran lunga che non quella del contratto di lavoro. Ma il difficile sta nell'attuare quell'ideale in modo compatibile colle esigenze immediate dei lavoratori; oggi come oggi, una conciliazione non appare possibile.

83. Del resto pare accertato, checchè se ne sia detto e auspicato da molti, che in pratica ¹⁾ la partecipazione ai benefici ha fatto una prova non gran che buona ²⁾. Certo: molta aspettativa questo sistema di connubio del lavoro col capitale aveva suscitato e ancora non ne mancano gli apostoli ferventi, che la considerano come la panacea di tutti i mali connessi alla cosiddetta questione sociale: abbiám visto, tra gli entusiasti, anche il Crome ³⁾. Il Mazzini, ad es. ⁴⁾, riteneva che « il riordinamento del lavoro sotto la legge dell'associazione sostituito all'attuale del salario sarà... la base del mondo economico futuro... ». Ma questo era specialmente riferito all'associazione pura dei lavoratori eliminante in modo completo l'intervento dell'imprenditore: come avviamento a una collaborazione della classe media (detentrica del capitale) con quella dei lavoratori il Mazzini perorava la partecipazione ai profitti, di cui il grande agitatore citava un esempio per verità molto fortunato. E il concetto della partecipazione agli utili come di un piano inclinato ⁵⁾ avviante risolutamente il lavoratore all'ideale della forma associativa quale si riscontra, ad es., nelle coo-

in cambio dei prodotti che gli sarebbero rimessi a un prezzo concordato (prezzo che sarebbe la mercede). Ecco un altro insigne economista che fonde assieme scambio e società (lo stesso GUYOT vede una società in accomandita nella locazione dei terreni); che vede la cooperazione laddove vi dovrebbe essere la massima reciproca estraneità!!

¹⁾ In pratica, nel mondo industriale, la pura partecipazione nella forma che abbiamo studiato, si può dire che non sussista; così come è inammissibile la soppressione del regime di salariato (HAYEM, *La loi ecc.*, cit., p. 23). La partecipazione mista ha invece applicazioni, ma anche queste non sono numerose; le stesse opposizioni al cottimo valgono pure contro essa (cfr. sopra, p. 195, nota 3). Un entusiasta fautore è invece un industriale, il FRIESE, *Die Gewinnbeteiligung d. Angestellten*, Gotha (1905).

²⁾ Poco prima del 1905 DOUMER, MILLERAND e PIERRE BAUDIN presentarono alla Camera francese un progetto di legge mirante a imporre la partecipazione agli utili, entro 10 anni, a tutte le imprese concessionarie dello Stato. Ma non se ne fece nulla. Il sistema del *Profit-Sharing*, a quanto pare, è attuato in Inghilterra da circa 100 ditte con 50.000 operai. *Dictionnary of polit. economg*, cit.

³⁾ Il libro del CROME è ormai vecchio: non so se ora il chiaro giurista insista nel suo punto di vista.

⁴⁾ *Questione sociale*, ne' suoi *Scritti*, Milano 1896, II, p. 360. Ricordo come il MARLO, *Untersuchungen ecc.*, cit., p. 584, citi 22 vantaggi (né più né meno) dell'associalismo. E il BÖMHERT, cit. 19 obiezioni, e 13 risposte.

⁵⁾ FOURNIER, *Ouvriers et patrons*, p. 368. Con tutto ciò il FOURNIER è contrario alla partecipazione agli utili.

perative di produzione fa qua e là capolino. Il Groussier¹⁾ osserva inoltre che il contratto di lavoro dovrebbe essere incamminato verso il contratto di società; ritiene desiderabile che si permetta ai due contratti il raccostamento.

Già abbiám visto che l'abisso sostanziale che separa i due tipi contrattuali rende molto problematica l'attuazione di questo desiderio. Ma dippiù, ripetiamo, vi ha che nella pratica questa forma ibrida di cooperazione che è la partecipazione ai benefici non sopprime l'imprenditore, ha fatto prova non buona²⁾: ha obbligato il principale a svelare i segreti della sua amministrazione; ha soprattutto, come s'è visto, assoggettato l'operaio a rischi che, specialmente non partendo da lui la partecipazione viva alla direzione degli affari, non si sente di seguire³⁾. L'operaio, torniamo a dire, preferisce il certo all'incerto, anche se l'incerto abbia a recare nel suo grembo la possibilità di un lucro notevole; le sue aspirazioni mirano, anzi, a un certo fissato per legge (minimo legale di mercede) sottraendo la mercede agli alti e bassi del mercato del lavoro e dell'industria⁴⁾. Da questo punto di vista ha ragione il De Molinari di concludere⁵⁾ che la « condizione di salariato sarà sempre meglio adatta alla situazione dell'operaio e ai suoi bisogni di quella di associato ». Ma da un punto di vista più alto, più comprensivo, se noi guardiamo a una meta ideale, benchè lontana, e prescindiamo dall'oggi, non mi sentirei di combattere il sistema della pura partecipazione, quando avesse tutti i presupposti di una vera e salda associazione. Il contratto di lavoro è lotta; la

¹⁾ In PERREAU ET GROUSSIER, *Le contrat de travail*, p. 71-72.

²⁾ Cfr. BOURGUIN, *Syst. socialistes*, p. 366 seg.

³⁾ Perciò in alcune regioni gli operai che abbiano la partecipazione agli utili tendono a domandare la trasformazione di essa (e si noti che quasi sempre non è che partecipazione concessa in aggiunta a un minimo di salario!) in mercede fissa, nella misura media di quella partecipazione. È insomma il ritorno al tipo puro di contratto di lavoro. All'obiezione che gli operai non partecipano alla direzione dell'azienda, il FRESE risponde (cit., p. 17-18) che lo stesso avviene anche dei soci in una società anonima: ad essi non spetta la direzione e pure hanno i dividendi. La risposta non regge, perchè i soci hanno pieni diritti sociali di controllo e di partecipazione alle assemblee ecc., e differenza degli operai con questa imperfetta forma associativa di rapporto.

⁴⁾ Quanto alla partecipazione attiva alla direzione dell'azienda che si voglia necessariamente connettere a una pura partecipazione agli utili, è notevole che nel congresso dei minatori di Lens del 1909 fu ammessa la partecipazione in forma di azioni concesse agli operai, ma a condizione che metà di tutte le azioni toccassero agli operai e due terzi dei membri del Consiglio amministrativo constasse di operai: condizioni naturalmente inaccettabili dall'industriale. E del resto nel congresso del 1911 anche con quelle condizioni la partecipazione fu respinta a enorme maggioranza. (fr. *Revue d'économie politique*, 1911, 669.)

⁵⁾ *Les bourses du travail*, p. 8. Così pure l'ABELLO, cit., p. 78.

cooperazione è armonia. Perciò non sosterrei col Fournier che la partecipazione agli utili sia un regresso per i lavoratori.

84. È interessante, giunti al fine di questa breve indagine giuridica, considerare l'applicabilità delle leggi di tutela del lavoro al rapporto a struttura parziaria e associativa.

In linea generale la legge tutela, come sappiamo, il lavoro subordinato, non quello autonomo. Posto ciò, e constatata l'esistenza del rapporto di subordinazione nel rapporto a struttura associativa che non sia società, logicamente se ne dovrebbe poter indurre, *a priori*, l'applicabilità della speciale tutela legislativa ¹⁾. Se noi ci facciamo a considerare le varie leggi vedremo invece che questo indirizzo non è stato integralmente accolto.

L'art. 1 del testo unico di legge sugli infortuni sul lavoro applica la tutela della legge agli operai (oltre ai commessi ai viveri): e per l'art. 2 è considerato operaio solo « chiunque, in modo permanente o avventizio e con remunerazione fissa o a cottimo, è occupato... ». Dunque, con remunerazione fissa o a cottimo, che è vera e propria mercede presupponente il contratto di lavoro. Il n. 2 del medesimo articolo allude pure alla mercede fissa. E l'art. 13 specifica ancor più (come a suo luogo abbiamo constatato) cosa si intende per salario o guadagno (elemento essenziale per il ragnuglio dell'indennità) insistendo sul suo carattere di retribuzione del lavoro ²⁾. Viceversa, da ciò e da quanto abbiamo constatato nella nostra indagine si ricava che quando la partecipazione integra la mercede, la sostanza del rapporto non altera il suo carattere di scambio. Perciò nel calcolo della indennità si dovrà tener conto anche di questo elemento variabile, siano o non siano state contrattualmente promesse; quindi anche se non siano che una pura elargizione.

Fin qui dunque siamo in pieno contratto di lavoro. Ma viceversa l'art. 44 Regol. relativo al testo unico sugli infortuni estende l'assicurazione anche ai lavoratori che non dipendono da un imprenditore, ma da una società cooperativa di produzione e di lavoro di cui siano soci. Ecco l'assicurazione estesa a un rapporto cooperativo non solo, ma a un rapporto in cui la cooperazione ha la struttura perfetta della società. Naturalmente qui è da respingersi l'opinione di chi estende

¹⁾ Subordinazione vi è, come abbiamo visto, anche in questi rapporti. Per cui non è esatto dire, coll'AGNELLI, *Trattato*, n. 62, che nei rapporti con salario fisso integrato dalla partecipazione la parte che non è società non impedisce la subordinazione, e quindi l'obbligo dell'assicurazione.

²⁾ Che la legge presupponga un capo o esercente dell'impresa o industria, in nome o per conto del quale l'industria o impresa è condotta non è una ragione per sè in favore di quella che è la soluzione accolta dalla legge, perchè sappiamo che questi rapporti a tipo associativo imperfetti hanno portata puramente interna; per terzi non sussiste che il capo dell'azienda.

pur qui ¹⁾ il « contratto di lavoro »; il guadagno fatto, invece, sarà remunerazione, ma non è certo salario. Perciò si potrà anche ritenere ad esso pur sempre applicabile l'art. 13 Regol. che, a proposito del salario base, discorre di remunerazione o guadagno ²⁾, benché sia stato scritto con evidente principale riferimento al contratto di lavoro. Ad ogni modo quello che era dubbio per la legge francese ³⁾, che tace in proposito, non lo è per la legge nostra, che evidentemente ha inteso tutelare il lavoratore subordinato (locazione di opere), escludendo quello autonomo (locazione d'opera), ma ha fatto un'eccezione per le cooperative di produzione, data l'indole loro limitante, nel vincolo sociale che esige la soggezione a un direttore e a una disciplina, la reale autonomia del lavoratore prevalentemente manuale. E dopo ciò è certo che sarebbe illecita un'estensione analogica ad altre forme associative ⁴⁾.

La difficoltà però sta nel sapere come potrà farsi il calcolo della indennità. Sul guadagno annuo, dice l'art. 13 Regol. Ma e se la cooperativa non dà guadagni? Ammetto volentieri che l'ipotesi non ha praticamente importanza, perchè in un caso siffatto difficilmente la società durerebbe, data l'indole sua poco incline a subire rischi: è certo però che la dottrina, dato un caso siffatto, deve sapere come risolvere la difficoltà. Certo, non è girandola, come fa il Sachet ⁵⁾, che la si risolve: il Sachet ritiene che l'indennità vada calcolata « su tutto il prodotto della cooperazione » degli operai. Ma se manca? Nel silenzio della legge non rimane certo che adottare come base il guadagno medio degli anni decorsi; in mancanza il salario medio. Confesso però che in tutto ciò vi è dell'arbitrario.

La legge 2 luglio 1905 si riferisce all'impegnorabilità e insequestrabilità degli stipendi e delle pensioni; del compenso insomma che sia retribuzione, nelle sue molteplici forme, del lavoro (cf. art. 1): i « compensi di qualsiasi specie » non comprendono, a mio avviso, che

¹⁾ Il SACHET, *Traité théorique et pratique*, ecc., I (1904), num. 180, osserva che questi lavoratori non sono operai propriamente detti, e non vi è contratto di lavoro. Ma poi, n. 837, sembra ammettere l'ipotesi che qui sussista solo una forma della locazione d'opera, il che è falso. L'AGNELLI lo segue senz'altro. (*Inf. sul lavoro*, n. 310).

²⁾ Cfr. quanto già sopra vedemmo sul concetto della remunerazione.

³⁾ Il SACHET però propende per l'estensione della legge: ciò che, nel suo silenzio, mi pare soverchiamente ardito.

⁴⁾ Io, perciò, propenderei per l'esclusione dell'assicurazione obbligatoria dei marinai arruolati non a salario, ma con partecipazione. So bene che la prevalente giurisprudenza mi è contraria: ma l'opinione mia mi sembra più in armonia col sistema della legge sugli infortuni.

⁵⁾ Il SACHET osserva (n. 180) che la legge non esige un guadagno elevato, che quindi la possibilità dell'ipotesi fatta nel testo rientra nel quadro della legge. Ma, ripeto, e se il guadagno, coperte le spese, mancasse completamente?

i compensi in scambio del lavoro. E anche qui, la partecipazione che integri la mercede fissa è parte del salario, quindi ad essa pure si riferisce la legge.

Invece data la lata formula dell'art. 13, testo unico, sulla cassa nazionale di previdenza (30 maggio 1907, n. 376), si può ritenere che tra gli operai che « ...in generale attendono a lavori prevalentemente manuali per conto di terzi o anche per conto proprio... » si possono comprendere anche quelli stretti dal rapporto associativo; è legge applicabile al lavoro subordinato e autonomo, quindi la sua applicazione è molto lata. E il riposo settimanale è pure obbligatorio (art. 1, legge 7 luglio 1907) per « ...persone... comunque occupate nelle aziende... ». E così pure è applicabile la legge sui probiviri: sono rapporti tra operaio e imprenditori (art. 1, legge 15 giugno 1893) anche quelli a struttura associativa.

85. Per ultimo, l'aver chiarito la differenza così sostanziale, economicamente e giuridicamente, che separa il contratto di lavoro dai contratti a tipo parziario o associativo, in cui l'una delle parti è impegnata a uno spiegamento di energie di lavoro, ci agevola il modo di risolvere il dubbio, che pure può sorgere, se in un caso concreto vi sia l'un tipo di rapporto, anziché l'altro. Naturalmente io presuppongo che la *voluntatis quaestio* non dia nessun appiglio: risolvere il problema, come è costume, col rinvio alla volontà delle parti, è, su per giù, canzonare il giudice o l'avvocato che di lumi abbisognano precisamente per questo caso. In tal caso è molto difficile che dalla natura delle circostanze non si possa ricavare tanta luce che basti per chiarire la natura del rapporto che si ritenga più conforme alla probabile volontà delle parti. Ma se il caso si dà che vi sia buio completo, io credo che nel dubbio il giudice debba propendere per il contratto di lavoro ⁴⁾ quando la classe a cui il lavoratore appartiene soglia preferire poca, ma sicura retribuzione, ai rischi di una cooperazione: nel qual caso dovrà dunque ammettersi un minimo fisso di

⁴⁾ Il pretore di Barbarano-Vicentino, 15 giugno 1912, in *Monit. trib.*, 1912, 877, ha risolto un caso curioso e interessante. Si trattava di una donna sposata solo religiosamente che aveva convissuto col marito; cessata la convivenza chiedeva il compenso dell'opera sua prestata. Il pretore decise che nulla le spettasse: non vi era locazione d'opera, ma un rapporto di carattere associativo, sull'esempio della società familiare (cfr. le mie *Istituzioni di dir. civ.*, p. 408-409); ognuno contribuisce al vantaggio comune « trovando ciascuno nell'opera dell'altro quel complesso di conforti, di cure, di sostentamento che è corrispettivo dell'opera propria ». E questa decisione è, a mio avviso, correttissima. La scappatoia proposta della Direzione del *Monitore* (azione estracontrattuale di indebito arricchimento) è da respingere, non perchè sia un modo di ottenere per altra via il compenso, ma perchè ripugna al carattere associativo, una volta ammesso. È una sovrapposizione artificiale e sconcordanza.

retribuzione, oltre alla partecipazione agli utili ¹⁾. Ma può non esser così, come fu giudicato dalla Corte Suprema di Napoli ²⁾, in un caso di cui già ci siamo occupati. Due fratelli da molti anni prestavano l'opera loro nell'azienda giornalistica del padre, senza che mai si fosse fatta esplicitamente parola di una retribuzione, mai data. Le ipotesi erano due: vi era contratto di lavoro? E allora, esclusa (come in concreto lo fu) la gratuità (cioè il contratto di mandato), vi era il diritto alla retribuzione corrispondente al lavoro di tanti anni; i figli restavano completamente estranei all'azienda giornalistica del padre. La Corte d'Appello di Napoli decise che il prodotto del lavoro appartiene normalmente per intero a colui a cui è prestato; quindi vi era contratto di lavoro. Invece la Corte Suprema ammise il rapporto di cooperazione, nella sua forma più completa: presupponente la continenza alla azienda giornalistica, e conducente alla sua proprietà per i figli ³⁾.

In generale però si deve nel dubbio preferire il rapporto a tipo associativo quale noi abbiamo descritto, anziché la società. E ciò non già, come osserva il Crome ⁴⁾, perchè il capitale prevalga sul lavoro, ma perchè nel dubbio si deve ritenere più conforme alla tendenza industriale d'oggi, che solo una delle parti debba avere la prevalente ingerenza nella direzione della gestione.

§ 4. — *Le opere liberali.*

SOMMARIO. — 86. Posizione del problema. — 87. Nel diritto romano. — 88. Le varie teorie accolte nella dottrina. — 89. Nostra opinione: nessuna differenza tra opere liberali e illiberali. — 90. Le professioni liberali nella vita odierna. — 91. L'equivalenza e l'estimabilità nel lavoro intellettuale. — 92. L'attività religiosa. — 93. Il carattere di speculazione per lo più insito nell'attività intellettuale odierna. — 94. Conclusione.

86. Dovremmo a questo punto discorrere del rapporto in cui manca lo scambio di lavoro e mercede, pur non essendovi cooperazione: cioè dei contratti di mandato (civile) e di deposito.

¹⁾ E così il deposito iniziale fatto da un impiegato (es. un direttore di banca) nelle mani del creditore del lavoro nel dubbio si deve considerare come fatto a titolo di cauzione (il che presuppone che vi fosse contratto di lavoro), non già di versamento di contributo sociale (che escluderebbe il contratto di lavoro). Ciò è importante in caso di recesso dal rapporto, per ciò che concerne il diritto o no alla restituzione del versamento, che, se vi è società, si intende debba correre i rischi dell'azienda.

²⁾ Cfr. sopra.

³⁾ Prescindo qui dalla ragione giustificatrice dell'acquisto di questa proprietà, che la Corte attribuisce al lavoro. Su essa già ci siamo sopra soffermati.

⁴⁾ Op. cit., p. 154.

Ma questa trattazione, specie quanto al mandato, presuppone che sia conosciuto quanto concerne le opere liberali, come oggetto di un rapporto a struttura di scambio: sono due argomenti intimamente connessi, non già perchè ciò sia un'esigenza della logica giuridica suffragata e alimentata dalla visione della realtà quotidiana, ma perchè un'antica concezione, che vedremo erronea quanto alla natura di questo contratto relativamente alle *operae liberales*, ha influito storicamente nella disciplina del mandato civile. È quindi necessario ricordare prima succintamente quanto concerne le *operae liberales*.

Questa delle opere liberali è una categoria di prestazioni di lavoro per le quali la mercede non è stata per lungo tempo (e ancor oggi in una parte della dottrina) considerata nella sua funzione di equivalenza al lavoro; si è anzi negata la possibilità di questo rapporto di equivalenza, che conduce al fenomeno dello scambio. E si è lumeggiato il compenso esclusivamente sotto l'altra luce: come modo di sostentamento del debitore del lavoro. A chi ci ha seguito fin qui siffatta unilateralità di vedute parrà abbastanza singolare. Ma in realtà è ancor l'eco di quell'antichissima dottrina che esercitò un fascino singolare per tanti secoli, e che era in sostanza in perfetta correlazione colle condizioni sociali ed economiche della società in cui quella dottrina sorse e si sviluppò.

Questa delle cosiddette *operae liberales*, lavoro prevalentemente intellettuale, quale vediamo, ad es., nelle « professioni liberali », è una questione non peranco sopita, alla quale abbiamo già spesso avuto occasione di accennare. Nel contratto di lavoro si ponno comprendere anche quelle che i Romani chiamarono *operae liberales*? Veramente questo nome non ha che un significato storico, e lo si accetta oggi non per altro che come espressione comoda, che ha un'impronta propria donatale dalla tradizione secolare, per esprimere il lavoro non manuale, ma intellettuale: il lavoro preponderante dello spirito o della intelligenza. *Opere liberali* o *illiberali*, sono espressioni che hanno etimologicamente un valore solo romanistico. Chè in diritto romano, come abbiamo visto, oggetto della *locatio operarum* altro non poteva essere che il lavoro materiale, manuale.

Oggi, dunque, non è più possibile escludere il lavoro intellettuale dalla costrizione del contratto di lavoro solo perchè la natura del lavoro non lo consente: su questo argomento già ci siamo soffermati altrove. Qui dobbiamo riesaminarlo e integrare la trattazione dal punto di vista dello scambio di lavoro prevalentemente intellettuale con mercede.

87. Sin dalla più remota antichità (in ispecie nella Grecia) si affacciò il concetto per cui il lavoro intellettuale, o prevalentemente intellettuale, non poteva essere oggetto di locazione. Già sopra (n. 15) abbiamo visto quanto su ciò abbia influito la formazione di una classe

servile, a cui era riservata la produzione del lavoro. Aggiungo qui, come, sorta la possibilità di locare i propri servigi, indipendentemente, cioè, dalla qualità di servo, rimase però l'antico concetto di una locazione della persona, ora non più serva. Infatti anticamente la locazione di servigi aveva per oggetto tutta la persona del lavoratore: l'identità strutturale della locazione ¹⁾, riferita alla cosa e al lavoro, conduceva appunto a questo risultato, di concepire tutta la persona, così come tutta la cosa, nella momentanea signoria dell'utente ²⁾. Non è a meravigliare che dunque si ritenesse impossibile assoggettare a questa signoria, che era anche coazione materiale, il lavoro intellettuale: il lavoro muscolare si compenetra nel corpo tutto in modo che se ne poteva concepire la coazione, non così il lavoro intellettuale.

Nel diritto romano quale ci è noto la locazione non ha più questa forma brutale e materiale (salvo al più quanto all'*auctoratus*). Ma è rimasto e si è perpetuato il concetto per cui il lavoro intellettuale non era tra le *operae locari solitae*; esso era ritenuto non suscettibile di costrizione in un rapporto di scambio, cioè non suscettibile di valutazione; era inestimabile. Ed è tanto vera quell'origine storica di quello che fu poi il dogma dell'inestimabilità del lavoro liberale, che noi vedemmo già limitato questo dogma (sopra n. 15) del diritto romano alle *operae*, escluso invece per l'*opus*. Il lavoro dell'avvocato e del medico non era dai romani concepito come *opus*, ma come *opera*. Invece concepirono come *opus* la prestazione del pittore (fr. 5 § 2, XIX, 5) ³⁾. Ora l'*opus* era oggetto della *locatio operis*, e ammetteva dunque il lavoro prevalentemente intellettuale; ma qui vi era autonomia, nella sua attuazione; invece le *operae* (*locatio operarum*) presupponevano la subordinazione più o meno stretta al *locator*. L'*opera*, infatti, prescindeva dal risultato, a differenza dell'*opus*: chi prometteva l'*opus* prometteva un risultato di lavoro, e il lavoro era a suo carico. Certo queste *operae liberales* non esaurivano da sole le *operae* che non erano *locari solitae*. Non le esaurivano, perchè tra queste ultime vi è anche il lavoro delle nutrici ⁴⁾: come si possa poi escogitare un principio

¹⁾ Su cui appresso, n. 192 sg. Non vi ha dubbio che la locazione di cose e quella di opere non furono originariamente che le sottospecie del medesimo istituto. BECHMANN, *Kauf*, I, p. 428.

²⁾ Cfr. SCHULIN, *Geschichte des rom. Rechts*, p. 393, Il πειράτης, il μεθωτός, ecc. locavano la loro persona; il padrone poteva batterli, incatenarli, locarli ad altri.

³⁾ Cfr. RIEZLER, *Der Werkvertrag nach dem bürgerl. Gesetzbuch* (1900), p. 16. Il RIEZLER non crede che questo frammento e il seguente «... quod si tale sit...» vada interpretato nel senso che quella distinzione valesse pure per le *operae*, come ritengono DONELLO, *Comm. de jure civ.*, III, lib. 13, cap. 64, e il DANKWARDT, cit., pag. 318-375.

⁴⁾ BONFANTE, *Il diritto romano*, p. 388; GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, p. 584.

unico che queste forme di opere non locabili ricollegli non è compito nostro indagare. Qui ci preoccupiamo solo delle opere liberali, perchè sono esse solamente che perpetuarono nel diritto comune posteriore l'idea di una non locabilità del lavoro inestimabile.

Dunque nessun compenso o retribuzione era ammissibile per queste opere; la loro prestazione si riteneva dovesse quindi essere gratuita. E naturalmente il contratto che a quelle opere dava impulso fu quindi quello del mandato, come vedremo nel paragrafo seguente. Il compenso, quando era pagato, non era mercede, ma un dono (δῶρον, δωρεῇ) o un'attribuzione onorifica (τιμή, *honorarium*); cioè una prestazione che non era considerata nel suo nesso fondamentale e reale colla prestazione di lavoro, cioè nel nesso sinallagmatico, ma veniva concettualmente quasi isolata, e considerata come sostentamento, come attestato onorifico, ecc. ¹⁾.

Non è credibile quanta influenza questa disciplina romanistica esercitò sulla letteratura del diritto comune e su una gran parte della dottrina odierna. Il pregiudizio della inestimabilità del lavoro prevalentemente intellettuale durò a lungo, contribuì (come vedremo) a plasmare l'istituto del mandato, così come è disciplinato nel codice nostro; esso ancor oggi è vivo, ancor oggi da molti si confinano le opere cosiddette liberali nel mandato, sottraendole al contratto di lavoro. La ragione fondamentale, per cui si fa delle *opere liberali* l'oggetto del mandato, è la ripugnanza che si prova da taluni ad asservire quelle a un concetto prettamente egoistico di speculazione e di lucro per parte di chi le presta.

88. E ancor oggi si distingue remunerazione od onorario dalla mercede o corrispettivo. La remunerazione qui non sarebbe, dicono alcuni, se non un segno di gratificazione, una specie di prestazione autonoma, che risulterebbe come a titolo gratuito per la rottura del suo rapporto di equivalenza col lavoro prestato ²⁾. È evidente qui la violenza che la teoria fa alla realtà: si staccano violentemente due rapporti evidentemente connessi; il lavoro diventa lavoro prestato per uno scopo diretto altruistico, e sociale; non per ottenere una retribuzione; di questa vien negata la qualità di corrispettivo, e se ne fa un dono, una gratificazione ³⁾.

¹⁾ DANKWARDT, op. cit., p. 312, n. 5. E soprattutto LOEWENFELD, *Inestimabilität und Honorierung der artes liberales nach römischen Recht*, nella *Festgabe d. münchener Juristenfakultät zu von Plancks Doktorjubiläum*.

²⁾ Così ad es. DERNBURG, prima dell'attuale codice civile germanico: cfr. *Pand.*, II, § 115, nota 5; PETRAZYCKI, *Einkommen*, II, § 34.

³⁾ Questo stacco è evidente in POTHIER, *Mandat.*, n. 23, in cui si fa del compenso promesso al mandatario quasi una donazione. Il WINDSCHEID riconosce al mandatario (*Pand.*, II, §§ 409, 412) la possibilità del diritto a un onorario: ma non fa distinzione alcuna, molto precisa, tra onorario e retribuzione. Pro-

Abbastanza diffusa è adunque l'opinione di chi nell'onorario o nella remunerazione vede un mero mezzo di sostentamento, non già un corrispettivo del lavoro in funzione di equivalenza. Uno dei più solerti sostenitori di questo concetto è stato il Loewenfeld¹⁾, che non solo lo ammette pel diritto romano, ma l'ha propugnato vivacemente per oggi. Nessuno, scrive il Loewenfeld, può ritenere seriamente che la lista civile che è attribuita al Principe rappresenti la mercede dell'opera sua; e lo stesso concetto ispirava i romani quanto all'*honor* dovuto agli investiti di pubblici uffici, rapporto a cui si deve parificare quello di chi prestava opere liberali; così, come quanto era dovuto ai sacerdoti o alle sacerdotesse, malgrado quanto sostenevano i primi cristiani polemizzanti coi pagani (così sempre il Loewenfeld), non era il compenso per l'opera da essi prestata²⁾.

Questo concetto non è veramente accolto da tutti coloro che sottraggono l'esercizio delle professioni liberali al contratto di lavoro, e lo collocano sotto la tutela del mandato. Vuol dire che per questa corrente il compenso dovuto al mandatario avvocato, medico, ecc., è vera retribuzione; ma non è perciò meno vero che questi autori si rifiutano di assoggettare la prestazione di opere liberali al contratto di lavoro; per essi è di mandato che si tratta. Che quest'opinione sia il risultato o l'eco di tutta la precedente tradizione storica, di cui erano imbevuti i compilatori del codice Napoleone e del nostro, vedremo poi; su quest'ultimo punto rinvio a quanto sull'argomento dei limiti tra mandato e contratto di lavoro esponiamo appresso.

Il concetto di una inestimabilità del lavoro intellettuale, e di una remunerazione od onorario che non è se non un mezzo di sostentamento, non il corrispettivo del lavoro prestato sussiste anche in chi riprova la sussunzione della promessa di opere liberali sotto il mandato. E infatti da notare che le fonti del diritto romano non accennano mai a questa sussunzione; e secondo il Loewenfeld le stesse ragioni che si opponevano storicamente, in diritto romano, alla sussunzione sotto la *locatio-conductio*, militavano pure contro la sussunzione sotto il

babilmente siffatta distinzione è ne' suoi intenti; perchè per la locazione di opere o di opera usa la parola « Lohn » (mercede), per il mandato invece, romanisticamente, la parola « Honorar ». Credo quindi che l'interpretazione che del pensiero del WINDSCHEID fa l'ENDEMANN (nel senso favorevole alla opinione accolta nel testo) sia piuttosto l'espressione del pensiero proprio dell'interprete (op. cit., p. 695). A buon conto l'ENDEMANN stesso, che nega ogni valore alla teoria romanistica, lascia insoluta la questione. Sul significato di « honorarium », cfr. specialmente lo SCHILLING, § 308, nota.

¹⁾ Nei *Gutachten aus dem Anwaltstande*, 1886, p. 891.

²⁾ Anche il PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni*, n. 268, distingue la « remunerazione » (che è il compenso accordato) da corrispettivo in relazione di equivalenza. Un'eco, come si vede, del vecchio dogma.

mandato¹⁾. E allora si venne a una seconda teoria, seconda anche cronologicamente. Un propugnatore ne è il Pacifici-Mazzoni²⁾. Per questi non avremmo nè mandato, nè locazione d'opera, ma un contratto a sè, un contratto innominato con regole proprie. E così si è creduto di avere trovato la formula precisa: formula che diede vita a una forma di contratto che il buon esegeta del nostro sistema legislativo può ammettere solo nel caso in cui gli altri tipi di contratto non si prestino assolutamente, anche intesi con quella modernità e latitudine di vedute che è compatibile cogli elementi tipici dell'istituto, a racchiudere in sè anche il caso nuovo che si sta studiando³⁾. Ora che qui sia necessario creare un tipo innominato di contratto a me non pare; certo (come poi vedremo) non si tratta di mandato (come mandato civile); a me pare invece che oggi l'esercizio del lavoro liberale rientri perfettamente nel contratto di lavoro. Nè a ciò osta il fatto che, come si asserisce, il codice riferisca la locazione di lavoro a esempi di lavoro materiale⁴⁾, perchè ciò non è affatto provato: e quand'anche, niente impedirebbe l'estensione analogica.

Le due teorie poi, benchè appartenenti al medesimo gruppo, cozzano a vicenda; di coteste lotte in famiglia non ci occuperemo gran che. Notiamo solo che l'accusa principale mossa dalla seconda teoria è che, come dice il Pacifici-Mazzoni, manca nelle professioni liberali il carattere proprio del mandato consistente « nel potere dato al mandatario di rappresentare il mandante negli atti giuridici, di obbligarli verso i terzi... ». Anche questo non è vero, perchè, come vedremo, la rappresentanza non è elemento tipico del mandato; per cui, dato e non concesso che non sia il caso, per le opere liberali, di parlare di contratto di lavoro in senso proprio, piuttosto si dovrebbe ricorrere al mandato, ma non mai creare forme nuove di contratti, in cui la

¹⁾ Il LOEWENFELD, op. cit., p. 895, cita anche il fatto che il mandatario è subordinato al mandante, ciò che è inconcepibile per il libero lavoro scientifico e intellettuale. Anche su ciò vedremo, sia a proposito del mandato come a proposito del contratto di lavoro subordinato (opere), che l'osservazione non è affatto vera.

²⁾ Loc., n. 282; già prima di lui gli AUBRY e RAU, IV, § 371 bis; cfr. GUILLOUARD, II, n. 196 e MARCADÉ ad 1780.

³⁾ Il SINTENIS, ossequente alla teoria prettamente romana, fa pure delle *operae locari non solitae* un contratto di prestazione di servizi (« Dienstleistung ») con regole proprie. Egli vi comprende però anche le *operae mercenariae* o *illiberales* quando siano state prestate senza precedente stipulazione di una *locatio conductio operarum*. Per questo contratto non sarebbe necessaria una mercede, ad esempio. Del resto, nel concetto del SINTENIS, queste differenze debbono ridursi a ben poco, se poi ammette che non vi è nessun pratico interesse a distinguere *loc. cond. operarum* dalla prestazione dei servizi (« Dienstleistung »); II, § 113 in nota a p. 564-565.

⁴⁾ Ciò non è vero per lo meno per il lavoro dell'architetto (cfr. art. 1640). Lo stesso PACIFICI-MAZZONI, del resto, ammette la sussumibilità del lavoro liberale nella locazione d'opera. È di questo avviso pure il VENZI, Note alle *Istituzioni* del PACIFICI-MAZZONI, V (1913), p. 381, cfr. *La Legge*, 1903, 129.

caratteristica sarebbe il grado minimo nella coercibilità del debitore del lavoro che si suppone maggiore per il lavoro prevalentemente materiale racchiuso nel « contratto di lavoro » ¹⁾.

E a proposito di questa deficiente coercibilità debbo anche ricordare un'opinione, oggi pressochè abbandonata, secondo cui il lavoro intellettuale sarebbe insofferente del giogo contrattuale. Questo fu proclamato da Aubry et Rau ²⁾, per i quali le professioni liberali non possono sottostare alla coazione di obbligazioni giuridiche. E fu anche recentemente asserito che si danno prestazioni intellettuali non suscettibili di contratto; così un autore drammatico non può vincolarsi a scrivere un dramma! ³⁾. Ma da quest'opinione, così in contrasto con tante manifestazioni contrattuali della vita moderna, e che confonde la limitazione di coercibilità diretta, colla insofferenza di vincolo contrattuale ⁴⁾, tutelabile con altre forme di coazione, posso anche prescindere.

89. Noi ci accostiamo alla terza teoria che appartiene a un secondo ordine di idee: quello che non trova differenza alcuna tra opere liberali e illiberali ⁵⁾, che ritiene ambedue aver la medesima sorte, e cioè potere

¹⁾ Concordiamo quindi col TARTUFARI, *Contratto di lav.*, p. 24. Cfr. anche il GRUNDBERG, nella *Deutsche Warte, Jahrg.*, IX, p. 309. Contro la proposta di chi voleva immutata la distinzione romanistica opponeva il relatore del III progr. di cod. civ. germ. al Reichstag (ENNECCERUS, *Bericht*, n. 440, p. 78) come si dovesse considerare un progresso sociale molto rilevante la fusione delle opere liberali e illiberali. L'eguagliare dinanzi alla legge l'umile facchino di dogana all'avvocato di grido, o all'impiegato altolocato. In queste opere di eguaglianza non si deve scorgere alcuna diminuzione per l'opera intellettuale dell'avvocato, del medico, dello scienziato, come sopra abbiamo visto. Anche il GROUSSIER, in PERREAU et GROUSSIER, *Contrat de travail*, cit., p. 71, ammette l'introduzione delle opere liberali nel contratto di lavoro per la riabilitazione del contratto di lavoro, e anche per liberare questo dal giogo della locazione. Veramente su quest'ultimo punto faccio tutte le mie riserve: ne riparleremo più avanti.

²⁾ *Cours de droit civil français*, IV, p. 512 nota.

³⁾ PERREAU ed GROUSSIER, cit., p. 70. Certo, vi possono essere dei casi in cui il contratto manca: ad es. l'avvocato incaricato d'ufficio di difendere un imputato: o il medico che salva o cura un malato non cosciente: nel quale ultimo caso non è esclusa la forma del quasi-contratto, come poi vedremo. Ma ciò non è una ragione per escludere il contratto nei rapporti tra medico e paziente (come ad es. D'AMICO in *Mammello*, 1909, p. 19 sg.). Certo non è ragione sufficiente la mancanza di un'opera determinata; la cura del malato è già per sè (cfr. sopra) un obiettivo più che sufficiente.

⁴⁾ Questo equivoco è evidentissimo in PACIFICI-MAZZONI, op. l. e cit.: pel quale l'esercizio delle arti o di professioni liberali non può essere oggetto di contratto perchè è personale e insurrogabile. E inoltre perchè il suo compimento dipende da motivi interni insindacabili, ad es. per l'avvocato la convinzione della rettà del cliente. E va bene: ma ciò avrà per conseguenza una facile revocabilità del rapporto, non se ne può arguire l'insofferenza, fino a che una revoca non sussista, di vincolo contrattuale.

⁵⁾ In questo senso cfr. pure BARBERIS, in *Il diritto comm.*, 1913, I, 26, BOR-

anche essere oggetto (ambedue) sia di mandato come di contratto di lavoro. Contro questa teoria si portano in campo, quali armi formidabili, null'altro che una bella serie di lirismi che piaceranno certo ai giuristi poeti, ma che, comunque, sono da bandirsi dal campo del diritto: il quale non può avere per terreno su cui poggiarsi un complesso di ragioni fatte esclusivamente di lirica e di sentimenti.

Tutto il ragionamento, che mira sostanzialmente a riprodurre la teoria romanistica ¹⁾, si riduce infatti a questo (come lo espone il Marcadé ²⁾): le opere dello spirito e del cuore non possono essere oggetto di mandato nè di locazione, poichè ripugna ammettere che lo zelo religioso dei missionari o la abnegazione del medico, del soldato e del professionista in genere « que toutes ces saintes et belles choses ne sont que des choses à louer! ». Bei periodi, forse anche armoniosamente costrutti, ma c'è troppa retorica che non risponde al modo comune di riguardare queste prestazioni (escludo qui per ora quella del religioso o del missionario, su cui torneremo appresso, n. 92).

Oggi, di regola, queste prestazioni hanno un fine egoistico: e cioè hanno per fine supremo (poco idealistico, se si vuole, ma non per ciò meno umano) di agguerrire chi le presta nella lotta per la vita ³⁾.

SARI, *Comm.*, I, n. 3729; FILOMUSI-GUELFI, in *Foro*, 1902, I, 55; PLANIOL, *Traité élém.*, II, n. 1841; LOTMAR, *cit.*, I, p. 74. La completa assimilazione delle opere liberali e illiberali, come già abbiamo visto, è del resto quasi pacifica: non interamente, tuttavia.

¹⁾ Il PACIFICI-MAZZONI l'invoca espressamente, p. 395.

²⁾ Ad art. 1780. E anche il PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, p. 140: « la parte del cuore si remunera, si ringrazia, ma non si paga ».

³⁾ Lo ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 228, dice che il medico presta l'opera propria anzitutto per umanità verso qualunque uomo, senza riguardo ad eventuale mercede, quindi eguale al ricco e al povero. — Un tempo, quando l'intervento della funzione sociale dello Stato era debolissimo, e quindi il beneficio dei poveri era rilasciato necessariamente alla iniziativa della generosità individuale, era naturale che si andasse inculcando e insegnando questa generosità fino a farne una caratteristica essenziale del rapporto giuridico. Oggi le idee sono mutate; si ammette, in modo più conforme colla realtà delle cose, che il lavoro del medico per principio, e cioè di regola (le eccezioni naturalmente non sono escluse), merita una retribuzione. Per ciò appunto venne istituita la condotta medica dei Comuni. A propositi di medici, il LOEWENFELD, che, come dicemmo, ha sostenuto la tesi che noi combattiamo, cercò di far prevalere le sue teorie anche in un congresso di medici (cfr. *XVII deutsche Aerztetag, Verh.*, 1889, pp. 26, 29, 34). Ma al LOEWENFELD il dottor KRUSE obiettò che certo l'amore del prossimo era una bella e buona cosa; ma pur troppo dall'attività dei medici non può esser disgiunto lo scopo di speculazione. La concezione del LOEWENFELD era splendida, perchè nobilitava le professioni liberali, ma danneggiava anche gli interessi materiali dei medici. Le voci che salgono dalla pratica valgono pure qualche cosa! Anche secondo il PESCATORE, *Filosofia e dottr. giurid.*, I, p. 140, il lavoro nelle professioni liberali non ha carattere commerciale o venale, ma è promesso *beneficii loco*, anche se è intervenuta la promessa di compenso. E anch'egli, come si capisce, si fonda sul diritto

Vi sono esempi di prestazioni fatte ad intento esclusivamente umanitario. Ad esempio l'avvocato o il medico, quando prestano il gratuito patrocinio o la cura gratuita. Ma (a tacere di quanto poi osserveremo in proposito) quando qui proprio manchi l'impulso di speculazione, manca la caratteristica della locazione d'opera, e si ha il mandato. Sono casi che non costituiscono la regola; ora, il diritto sancisce « quae plerumque eveniunt ». Ma io vado anche più in là. Certe professioni hanno una impronta così immediata di utilità sociale, da dovere essere esercitate con animo non ispirato puramente al gretto criterio del proprio tornaconto economico. L'avvocato deve essere anche un indagatore dei cuori, e alle volte un consigliere amorevole; pel medico pure ciò è vero, anche in grado maggiore ¹⁾. Ma tutto ciò non esclude che normalmente nè l'avvocato nè il medico, senza la certezza di un compenso, non spenderebbero l'opera loro: tanto basta perchè non si possa disconoscere anche qui quel fenomeno economico fondamentale di scambio che è l'anima del contratto di lavoro; l'avvocato o il medico, del resto, debbono avere nitida la visione della complessità dell'opera propria: che a differenza di una prestazione puramente materiale nell'opera loro complessa rientrano anche atti di natura largamente etica o affettiva, atti a compiere i quali non basta l'impulso del proprio tornaconto, ma occorre pure un senso di altruismo, non contraddice affatto i criteri propri del contratto di lavoro. Non vi è in questo l'alienità dello scopo immediato della prestazione di lavoro? E se la cura dell'affare altrui, o della salute altrui richiede che l'animo del professionista sia tutto inteso al conseguimento del miglior possibile risultato pel cliente, in che cosa strutturalmente questa preoccupazione altruistica differisce da quella dell'operaio che si ingegna a far meglio che può il lavoro destinato al principale? Il Loewenberg ²⁾ non è alieno dal ritenere che oggi pure, come in antico, l'esercizio della medicina, che la morale voleva specialmente consacrato all'umanità, sia nulla più di un « *beneficium* »; ripeto: potrà ciò esser vero per qualche filantropo; ma non è oggi la regola.

romano. Può essere che il primo impulso, continua il PESCATORE, sia interessato, ma tosto subentra « la simpatia, un sentimento benevolo, disinteressato ». Almeno il PESCATORE riconosce che quando ci sia proprio il bisogno personale di sostentamento che determina l'esercizio delle professioni liberali, vi sia contratto di lavoro. Per cui tutto si ridurrebbe a una presunzione semplice di gratuità e di mandato (p. 141). È teoria che fa un passo avanti verso la realtà.

¹⁾ Il KOHLER, *System des bürgerl. Rechts*, II, p. 101, ammette la sussumibilità delle opere liberali nell'una o nell'altra delle due grandi branche del contratto di lavoro, aggiungendo che ciò è compatibile con il dovere del professionista di concepire idealmente la sua missione. Nullo sarebbe un patto che contraddicesse a questa concezione ideale (violando i buoni costumi), introducendo nella vita economica cose che aleggiano ben al di sopra. Ad es., nulla è la vendita della clientela.

²⁾ Op. cit., p. 893.

Ancora: l'avvocato, si dice, deve curare gli interessi del cliente a preferenza dei propri ¹⁾, sconsigliandolo eventualmente dall'iniziare il processo, anche contro il proprio interesse, e via dicendo. Anche qui vi è un grosso equivoco. Anzitutto ciò è verissimo, ma non è che la pura applicazione delle regole del diritto comune, trattandosi di un rapporto fiduciario. È vero che il comodatario deve a preferenza salvare la cosa altrui, e il comodato è tipicamente gratuito. Ma quella massima non è che applicazione di una regola generale circa la *diligentia in custodiendo*, e che può essere vera anche se si trattasse di locazione, anziché di comodato, ove la *diligentia diligentis* l'imponga. E può imporlo se vi sono speciali rapporti fiduciari tra le parti. Inoltre: che l'avvocato sia tenuto a usare certi riguardi, a cui può non essere tenuto l'industriale nella brutale lotta a cui è informato il suo contratto coi committenti, che importa? Ciò non tocca menomamente la questione della commutatività o no della prestazione professionale dell'avvocato.

In sostanza io non posso convenire col Loewendeld che l'avvocatura oggi riproduca una pura *ars liberalis* nel senso antico e romano della parola, salvo che con ciò si alluda alla grande dignità che deve osservarsi nel suo esercizio: nulla di male a farne quindi un contratto di lavoro ²⁾.

Certo io non voglio arrivare sino a scorgere nell'avvocatura (può non esser così quanto alla medicina, e specialmente quanto alla professione dell'ingegnere) un'«impresa industriale». Questo era il concetto latente in Germania, quando fu emanato l'ordinamento industriale che oggi disciplina i rapporti giuridici riannodantisi alla industria ³⁾. Il Gneist per confermare questo concetto vanta la nobiltà del concetto di «Gewerbe» (industria) ⁴⁾; ma il Gneist intendeva sostanzialmente decantare la libera attività individuale, di fronte a quella ufficiale del pubblico impiegato. Comunque «industria» nel senso stretto non si ha nell'avvocatura o nell'esercizio professionale

¹⁾ LOEWENFELD, cit., p. 907.

²⁾ Che gli avvocati in Francia e in Inghilterra siano fermamente convinti che il rapporto che li lega al cliente sfugge anche alle strettoie del contratto può essere un esempio insigne del concetto altissimo in cui l'esercizio professionale è tenuto. E certo questa coscienza si rivelerà anche nel modo nobilissimo di questo esercizio. La realtà giuridica è però molto differente, tanto che lo stesso Codice prevede la prescrizione (triennale) dell'azione per riscossione di onorari; il Codice proc. civ. discorre di mandato a procuratori o avvocati (cassazione). E poi non credo (e mi basta l'esempio del grandissimo numero degli avvocati italiani) che quella convinzione sia proprio necessaria: in Italia prevale infatti il concetto che si tratti di mandato retribuito.

³⁾ Per quanto il § 6 della *Gewerbeordnung* citi appunto l'avvocatura tra le forme di attività a cui l'ordinamento non si applica.

⁴⁾ *Freie Advokatur*, 1867, p. 50 (cit. in LOEWENFELD, cit., p. 903).

della medicina; ma certo vi ha attività esercitata normalmente per scopo di sostentamento, cioè per guadagno di mercede.

Quanto alla pura speculazione scientifica si dice che essa presuppone la libera, assolutamente autonoma attività dello scienziato; ciò che la rende incompatibile colla subordinazione alla volontà e all'utilità altrui. Inoltre quella speculazione non conduce a un sicuro e determinato risultato come è per il lavoro materiale. Per conseguenza, si conclude, è una forma di attività che si emancipa dall'impulso egoistico di una retribuzione. Anche qui vi sono parecchi errori. Anzitutto dire che la letteratura scientifica è a servizio solo della scienza, della verità scientifica, della collettività¹⁾, e non a servizio dell'utilità di una data persona, è dire cosa esattissima in sè, ma che non conduce affatto a negare la possibilità che l'attività dello scienziato sia contrattualmente vincolata a beneficio di una data persona. Infatti come si concepirebbe, con questa tesi, il contratto di edizione? Questo contratto non vincola affatto la verità scientifica; è solo sprone a che lo scienziato dedichi le sue forze alla sua indagine. E in ciò non vi è nulla di male: non so se in mancanza di un compenso pagato dall'editore, si avrebbe tutto quel rifiorire di letteratura scientifica che si ha oggi.

In secondo luogo non è detto che il contratto di lavoro presupponga che il lavoro arrivi a un determinato risultato: o, per essere più esatti, il risultato vi è anche quando apparentemente manca; vedremo ciò per l'avvocato che perde la causa, pel medico che non riesce a strappare il suo paziente al becchino: può bastare la prestazione di date energie per il raggiungimento, se possibile, di un risultato; e risultato può essere la stessa cura dell'affare o del malato; e così la stessa indagine per la ricerca di un risultato scientifico è già per sè una meta sufficiente per la persona a cui vantaggio è attuata dallo scienziato quell'indagine. Del resto quell'esempio è mal scelto: normalmente la pura speculazione scientifica, che non si proponga un determinato risultato o una data categoria di risultati per l'utilità di una persona, non è racchiusa nelle strettoie di un contratto di lavoro; lo è in caso diverso. Non ho bisogno di ricordare i laboratori chimici, i gabinetti destinati puramente a studi ed esperienze, annessi a certe grandi case industriali²⁾.

¹⁾ LOEWENFELD, cit., p. 914-915. Qualcosa di simile può essere obiettato quanto alla locabilità di un'attività squisitamente artistica. Certo, l'ispirazione musicale, ad es., è cosa affatto spontanea: ma se un musicista si impegna a scrivere un'opera sa di poter fare assegnamento sulla sua vena, e in tal senso nasce una legittima aspettativa nell'editore.

²⁾ Dubbio può nascere per il lavoro dello scienziato puro, non mirante a determinate applicazioni o risultati pratici; l'attività meramente teoretica rivolta alla

Soprattutto il carattere umanitario insito in certe professioni liberali non deve, ripetiamo, fuorviare il nostro giudizio. Collegare le professioni liberali, per quel carattere, in un gruppo di attività umane ispirate all'organizzazione dell'altruismo, come fa il Loewenfeld, in opposizione all'attività industriale, che sarebbe l'organizzazione dell'egoismo¹⁾, può essere bene in un certo senso: ma non diamo a questa distinzione più importanza che non abbia. Il Loewenfeld trova che nell'attività industriale, a differenza che nelle altre, è insita con nesso di necessità concettuale il desiderio del guadagno. Non credo a questa assoluta necessità concettuale, benchè sarà forse statisticamente più frequente un filantropo medico che industriale. Ma il vero è che oggi la commutatività è regola, sempre. Posto che anche oggi occorran rapporti speciali di amicizia o parentela perchè un industriale lavori gratuitamente per altri, questo è altrettanto vero per le professioni liberali.

90. In una analisi prettamente giuridica dobbiamo insomma considerare la vita così come è, e non abbellirla con della poesia²⁾. Per le prestazioni dell'avvocato, ad esempio, si concepisce oggi come regola (almeno nel paese nostro), che vi siano delle adeguate contro-prestazioni in biglietti di banca, sotto forma di corrispettivi e non di compensi. Questo rileva bene il Laurent, contro il Pothier: il quale quale esce a dire che a un avvocato si potrà tutt'al più promettere il *Thesaurus* di Meermann che mancasse alla sua biblioteca: che ciò è da considerarsi quasi come regalo nulla avente a che fare colle prestazioni dell'avvocato. Sarebbe insomma il compenso proprio del mandato.

ricerca di formule astratte. Il COGNETTI DE MARTIIS, in *Bibliot. Econom.*, II, 2.^a, p. XLIV, crede che questo lavoro non abbia carattere economico, esso avrebbe finalità estranee al sistema economico, pur giovando a integrare il lavoro economico. La cosa però è controversa. In senso contrario cfr. il SAY, in *Bibliot. Econom.*, I, vol. VI, p. 52. A me pare che non si possa *a priori* escludere che un'attività siffatta possa essere inquadrata nel contratto di lavoro: la formula astratta può essere poi da altri elaborata dal punto di vista di un'applicazione pratica. Normalmente però questa indagine teoretica è affatto libera.

¹⁾ Op. cit., p. 905.

²⁾ Oggi la retribuzione del lavoro, qualunque esso sia, non degrada nè umilia. Ripeterò qui le parole del Senat. SCIALOJA (seduta 9 giugno 1873) a proposito di un argomento diverso, su cui torneremo altrove: « La retribuzione del lavoro non umilia nè chi la riceve nè chi la dà: sono queste idee di altri tempi, anzi queste cattive, queste false idee alimentate con tanti artifizii nella nostra società (e parlo non solo della italiana, ma di quella parte della società umana che si comprende sotto il nome di razza latina) contribuiscono a pervertire il senso retto e spegnere il senso pratico. La retribuzione è cosa nobilissima per chi, pagandola, compie un dovere; è nobilissima per chi la riceve e ritrae da essa, chè rappresenta il valore delle sue fatiche, ciò che è necessario alla sua esistenza. E anzi un esempio educativo di grande utilità lo introdurre nelle università medesime, è un esempio che tende a distruggere un avanzo deplorabile di vecchio pernicioso pregiudizio ».

Il Laurent⁴⁾ risponde benissimo: « Noi non sappiamo se ai tempi di Pothier era usanza offrire agli avvocati, a guisa di onorario, il *Thesaurus* di Meermann: è certo che oggi si usa dar loro dei biglietti di banca..., finita la causa l'avvocato esige, e ha ragione di esigerlo, che il cliente gli consegni una somma più o meno considerevole secondo l'importanza dell'affare »⁵⁾. La donazione di Pothier è oggi trasformata in mercede o corrispettivo. Dopo tutto che il cliente offra il *Thesaurus* e l'avvocato se ne stia contento, ciò non vuol dir nulla; non si ha tanto una *datio pro soluto*, quanto, a tutto rigore, una vera e propria mercede (che non deve esser pagata necessariamente con denaro); se l'avvocato è contento, padronissimo di accettarla; ma con ciò non fa che rinunciare al suo diritto di corrispettivo, dato che il valore del *Thesaurus* non equivalga a quello di un mero corrispettivo. E con ciò cade la obbiezione che il Guillaouard ha opposto al Laurent³⁾.

Questo si pratica da noi, certamente⁴⁾. Altrove può anche non esser così, del che, però, abbiamo motivo fondato per dubitare, non foss'altro sull'attestazione del Laurent, giureconsulto e avvocato emerito nel Belgio. Il Guillaouard riferisce infatti⁵⁾, che gli avvocati forensi in Francia non esigono mai il pagamento dei loro onorari, ma si accontentano di quello che loro dà il cliente⁶⁾. Ciò potrà essere forse in Francia, in cui, a quanto pare, l'avvocato può fare a fidanza sulla larga generosità del cliente. In Italia non è così, e l'avvocato esige la propria specifica, da buon padre di famiglia, senza soverchi idealismi nel cuore. Anche in Germania abbiamo su questa materia esempi splendidi di idealisti⁷⁾; sono però anche esempi molto

¹⁾ XXVII, 335-337.

²⁾ Il gratuito patrocinio e la cura gratuita dei poveri non provano nulla, tanto meno quest'ultima che, anzi, presuppone il pagamento dell'onorario per parte del Comune. Ma anche il gratuito patrocinio non esclude il compenso a carico del soccombente, in caso di vittoria.

³⁾ *Louage*, II, p. 219.

⁴⁾ In Inghilterra, a quanto ci riferisce lo SMART, op. cit., p. 330, i medici hanno una tariffa minuziosa, in cui è distinto il lavoro diurno e notturno, sono distinte le varie categorie di medici a seconda del loro reddito presunto. Altro che disinteresse!

⁵⁾ Op. e l. cit.

⁶⁾ Questo leggesi anche in MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat*, I, 113. « ...toute demande judiciaire eu paiement d'honoraires est interdite à l'avocat, sous peine de radiation du tableau. Cette vieille tradition constitue l'honneur de notre profession ». A quanto pare lo stesso uso vige tra i *barristers* inglesi. Cfr. SCHUSTER, *Die bürgerl. Rechtspflege in England*, Berlin, 1887, p. 49.

⁷⁾ La pratica germanica si era opposta alla sussunzione del rapporto tra medico ed ammalato sotto le ali della locazione; se ne annise la parificazione colle altre *operae liberales*; e cioè responsabilità per colpa lata e diritto solo all'onorario. Nelle formule di giuramento che si deferivano ai giovani che si laureavano in

edificanti in favore della nostra teoria. Il Ihering ¹⁾ prendendo le mosse dalla giurisprudenza romana esce a dire che oggi al denaro si attaccano i giuristi senza entusiasmi e senza amore, senza talento e comprendonio per la scienza: « al denaro si attacca il fango del nostro ceto, la prostituzione della nostra professione ». Ma aggiungiamo subito che lo stesso Ihering più tardi, sbolliti alquanto al contatto colla vita certi entusiasmi giovanili, mutò radicalmente idea ²⁾ e scrisse: « Se un filosofo e un giurista non vogliono viver d'aria occorre pure siano pagati; il merito dei giuristi greci fu appunto di avere combattuto il pregiudizio romano per cui il lavoro fisico, non anche quello dello spirito e dell'intelligenza possa essere remunerato » ³⁾. Questo mutamento di idee, in un giurista come Ihering, dovrebbe a parer mio ammaestrare certi incorreggibili idealisti del diritto!

Se il lavoro dell'intelligenza è prestato, e nobilmente, per uno scopo di retribuzione, cade adunque la pretesa inestimabilità delle opere liberali, e la concezione conseguente di quella che è realmente una mercede come mezzo di sostentamento. La realtà economica è ben diversa dalla teoria che la dottrina ha foggiate: quello che si vuol far passare come prestazione avente per iscopo solo il sostentamento in realtà è vera e propria retribuzione del lavoro ⁴⁾; abbiám visto che anche in questa non manca lo scopo puramente soggettivo al lavoratore del sostentamento. L'aver negato anche quel rapporto di equivalenza col lavoro è una contorsione derivata da pregiudizi teoretici non più rispondenti all'anima moderna. E si noti che il fenomeno economico di

medicina erano inclusi questi concetti. Lo ZIMMERMANN (op. cit., p. 227, nota 11) riferisce la formula usuale nell'Università di Giessen: « Nec lucrum ex pactione, intrusione vel visitatione aliorum aucupaturum, sed honesto liberoque honorario, pauperum semper rationem habendo, acquieturum ».

¹⁾ *Geist d. rom. R.*, II, § 42.

²⁾ *Zweck im Recht*, I, cap. VIII.

³⁾ D'altronde, contrariamente a quanto opinava il PESCATORE, op. e l. cit., la commercializzazione del lavoro intellettuale, si voglia o no, oggi si è per tal modo rassodata nella coscienza dei più da permettere ad es. la formazione della teoria della illecita concorrenza professionale, come una branca della più ampia teoria, di cui un'altra branca sarebbe costituita dalla illecita concorrenza industriale. Cfr. CARNELUTTI in *Rivista dir. commerc.* 1911, I, 166.

⁴⁾ Vi è una singolare illusione nella concezione che combattiamo. Non si può disconoscere in fondo, checchè se ne dica, il rapporto che lega questo onorario dato per il sostentamento col lavoro prestato: se non vi fosse questo, neppure vi sarebbe stato quello! Di più, è chiaro che anche l'operaio percepisce la mercede pel proprio sostentamento. O allora, dove se ne va in realtà la differenza col contratto di lavoro? Del resto se si considera il salario da un punto di vista economico, esso tende a livellarsi precisamente sul quantitativo richiesto a soddisfare i bisogni del sostentamento di chi lavora, almeno come *minimum*, salvo la maggiore proporzione se maggiore è l'utilità intrinseca dei servizi prestati. La distinzione del LOEWENFELD viene quindi a sfumare.

uno scambio di lavoro contro mercede in realtà era vero anche per la prestazione di *operae liberales* di Roma antica: la concezione allora dominante non poteva impedire la realtà del fenomeno.

91. La distinzione tra professioni manuali e liberali non ha dunque importanza alcuna sulla natura giuridica del contratto¹⁾, in modo da dar luogo a due categorie distinte. Non l'ha dal punto di vista del lavoro in sè, poichè²⁾ il lavoro fisico non si può mai con un colpo netto distinguere in modo completo dall'intellettuale. L'uno e l'altro si intrecciano e si accordano; l'operaio deve maneggiare con intelligenza il martello, mentre d'altra parte il lavoro fisico sussiste in non piccola parte anche nelle professioni liberali. Sarà dunque questione di gradazioni o di prevalenza al più: ma ciò non basta per formare una categoria diversa, secondo la prevalenza dell'uno sull'altro. Dopo tutto l'uomo non è nè una macchina nè un puro spirito³⁾. Non l'ha neppure dal punto di vista del rapporto tra lavoro e mercede. Una delle argomentazioni più frequenti negli avversari è che non si dà equivalenza tra la mercede e il servizio intellettuale⁴⁾. Ma si dimentica che il valore non è che un concetto eminentemente relativo, dipendente dall'utilità maggiore o minore dello scambio reciproco. Il valore quindi, in quanto si basa sulla utilità relativa di scambio, ha un'eguale ragione d'essere sia di fronte alla prestazione manuale che a quella dell'ingegno. E quando l'opera di un maestro mi è utile per la somma di lire X mensili, io lo retribuisco per altrettanto, così come pagherei per meno il mio domestico. L'equivalenza è data insomma dalla legge dell'incrocio di do-

¹⁾ Come già per A. SMITH, non l'aveva sulla natura della mercede (in *Bibl. Econ.*, II, 71). Lo SMITH avverte una differenza solo quanto alla maggior elevatezza delle mercedi nelle professioni liberali in dipendenza della maggior rarità dell'offerta, per il maggior costo e la maggior difficoltà del tirocinio. — Quanto ai rapporti tra il lavoro industriale e quello delle professioni liberali, certe differenze non mancano. Così il medico serve più clienti, mentre a un industriale occorrono più operai; il cliente è consumatore lui stesso dei servizi del medico; la mercede non è fornita dalla realizzazione dei prodotti, ma esce direttamente dalle tasche del cliente. Tutto ciò non è per il contratto di lavoro industriale; e se ne potrà anche derivare, come lo SMART (op. cit., p. 221) asserisce, l'impossibilità di un concetto del reddito del lavoro. Ma giuridicamente, per quanto quelle differenze possano indurre, non determinano però un solco profondo tra le due categorie.

²⁾ Questo s'è già visto sopra, a suo luogo, p. 38.

³⁾ DRIZ, op. cit., p. 74.

⁴⁾ PACIFICI-MAZZONI, op. e l. cit. Anche recentemente il BOZZO (*Giur. ital.*, 1905, IV, col. 302) scrive che l'avvocato che salva l'imputato dal carcere, il medico che guarisce l'ammalato « compiono un'opera che non può oggidì esattamente valutarsi ». È stato anche sostenuto che in diritto romano l'onore sia attribuito al mandatario (cfr. 6 h. t., 17.1) dove non vi era la possibilità di misurare la controprestazione, come per le opere liberali: BRINZ, *Pand.*, II, § 334 note 9 e 10; DERNBURG, cit., § 115, nota 11.

manda ed offerta: ora, io non so perchè questa legge si debba negare per il lavoro prevalentemente intellettuale: il quale pure, perciò, viene ad avere un valore, così come il lavoro manuale. L'opinione che nega si possa apprezzare il valore dell'opera dell'avvocato che salva dal carcere mi pare faccia del valore qualcosa di oggettivo, di intrinseco; invece, se il cliente offre una somma di cui l'avvocato (che non intenda lavorare gratuitamente) si contenta, ecco che questa esprime il valore dell'opera dell'avvocato, nel caso concreto. Tra i due casi non c'è che questa differenza: la grande abbondanza di lavoratori manuali o prevalentemente manuali, e la prevalente uniformità nelle prestazioni di lavoro che, secondo le varie categorie, ad essi sono connesse, fa sì che si renda possibile un valore di mercato del lavoro prevalentemente manuale. Invece la soggettività grande che prevale nelle prestazioni di lavoro intellettuale, il minor numero di persone che questo lavoro offrono, rende, se non impossibile, più difficile la formazione di un valore medio. Più difficile, ma tanto poco impossibile che esiste una tariffa legale dei compensi dovuti ai procuratori, ai notai, ecc., per l'opera loro. È anche vero che una tariffa legale uniforme non è possibile per prestazioni di lavoro anche più intellettuale. Ma nessuno vorrà fare delle prestazioni di lavoro dei procuratori o dei notai prestazioni di lavoro prevalentemente materiale.

Tuttavia talune produzioni dello spirito e dell'intelligenza, astrattamente adattabili nella rigida formella del contratto di lavoro, possono essere per sè effettivamente così nobili, così ammirabili che ripugna all'animo ben nato di persone elette il remunerarle con qualcosa che assuma il carattere di corrispettivo colla massima evidenza. Ad esempio, per stare a un esempio goethiano, un principe tiene alla sua Corte un poeta, così come si usava un tempo, e come è d'uso ancor oggi in qualcuno dei tanti principati tedeschi. Nella maggior parte dei casi lo stipendio non assume l'evidente carattere esteriore di un corrispettivo, cioè proporzionato alle produzioni poetiche. Ma si dirà proprio che un corrispettivo manca? La fierezza del poeta o la delicatezza del principe diranno forse di no, esclameranno, con un personaggio del Goethe¹⁾, che questo è un risarcimento pel tempo perso, un riconoscimento delle sue fatiche, oppure, col Loewenfeld, che è il prezzo per la sostentazione, non una remunerazione del suo genio; ma, ripeto, da un punto di vista rigorosamente economico giuridico io non vi veggo differenza alcuna. Quello stipendio rappresenta il valore di scambio delle produzioni poetiche, ne rappresenta dunque il prezzo. Goethe dice argutamente, in quel suo celebre romanzo, che trattasi, in questo caso, di uno di quei tanti pregiudizi di cui ama satollarsi

¹⁾ *Wilhelm Meister's Lehrjahre*, cap. I.

l'orgoglio dell'uomo, il quale nel caso nostro crede ben fatto ricevere magari dei doni preziosissimi, ma non del denaro. È tutta questione di forma: perchè si mira solo a salvare le apparenze, per non offendere le suscettibilità dell'orgoglio umano. L'opinione del Goethe ha qui uno speciale valore: è un cultore eminente delle opere liberali che parla: e noi rimandiamo a quelle pagine i più arrabbiati dei nostri idealisti.

92. Certo vi sono alcuni ministeri che rifuggono dall'arida strettoia di un contratto di lavoro. Così è per l'esercizio del sacerdozio con cura di anime ¹⁾. Un rapporto giuridico vi è senza dubbio, ma non certo governato in sostanza dal diritto civile, e soprattutto non avente per iscopo supremo il lucro: qui è esatta la teorica di chi, col Loewenfeld ²⁾, vorrebbe sottrarre le professioni liberali al dominio della speculazione. Così i compensi dati al parroco (ad esempio per le messe che è incaricato di celebrare), non sono che il mezzo per raggiungere il fine, chè le prestazioni del parroco, secondo i canoni ecclesiastici, sono gratuite per eccellenza ³⁾.

Tuttavia è questione dibattuta nella nostra giurisprudenza. Interessa infatti sapere se i proventi che i sacerdoti ritraggono dall'esercizio del loro ministero siano soggetti alla tassa comunale di esercizio e rivendita. La giurisprudenza però propende, giustamente, per escludere i sacerdoti dal novero di coloro che esercitano « una professione, un'arte, un commercio o un'industria » (legge 23 marzo 1902, art. 13), negando alle prestazioni sacerdotali un « carattere d'interesse pura-

¹⁾ Non escludo invece affatto dal contratto di lavoro il rapporto complesso tra ufficiali militari e lo Stato; si intende, contratto di lavoro di diritto pubblico. Anche qui il LOEWENFELD sostiene essere unanime nella ufficialità germanica la convinzione che la prestazione militare sia inestimabile e il compenso in realtà non sia che mezzo di sostentazione. Sarà: ma quest'illusione (e forse è un bene che vi sia) nulla toglie, per l'occhio severamente indagatore del critico, alla realtà.

²⁾ Col LOEWENFELD è consenziente il BAEHR, *Kritische Vierteljahresschrift*, XXXII, pag. 205.

³⁾ La prestazione, richiesta dal credente, del ministero sacerdotale è rappresentativa di una missione divina: il sacerdote (nella chiesa cattolica) è intermediario tra l'uomo e Dio. Si capisce quindi che — nella struttura intima di quelle prestazioni — manchi o debba mancare l'immediato e diretto scopo egoistico e terreno. Che nella vita questo concetto subisca delle deviazioni può essere: ma l'essenza tutta spirituale di quelle prestazioni non muta. La chiesa qui si è mostrata molto severa: ricordo il concetto della « simonia ». Qui il concetto del mezzo di sostentazione, anche se ciò che si dà al sacerdote abbia carattere apparentemente tariffario, si impone di necessità. Va avvertito che quanto alla natura delle prestazioni sacerdotali è oggi quello che un tempo, contrariamente a quanto fu sostenuto dinanzi alle nostre Corti. Come ritenne la suprema Corte di Napoli, 16 dicembre 1913, *Foro*, 1914, I, 287, non è neppure esatta l'affermazione che i tempi decorsi avrebbero attribuito ai sacerdoti una fisionomia singolare e diversa dall'attuale.

mente privato e professionale » ¹⁾, e attribuendogli « una funzione sociale di interesse pubblico ». Il vedere quindi tra il sacerdote e i fedeli che a lui ricorrono un vincolo contrattuale avente contenuto puramente economico di *facio ut des*, o *do ut facias* è concezione troppo lungi dalla realtà delle funzioni sacerdotali pei sacri canoni, da cui non possiamo prescindere. Non ammetterei quindi, nella sua concisa brutalità, l'opinione della Suprema Corte di Roma, secondo cui « il supplemento di congrua » è sempre un compenso di prestazioni d'opera, per concludere che quindi non gli è applicabile la prescrizione quinquennale di cui all'art. 2144 ²⁾. Ciò però non toglie che quando l'opera di un religioso non è presa in considerazione specificamente per una o più determinate prestazioni, ma indeterminatamente nel suo complesso si possa anche risalire al concetto di un rapporto giuridicamente tutelante un'attività di lavoro contro retribuzione. Questo è il caso di un cappellano addetto alle carceri, o a un'opera pia. Il Consiglio di Stato ha appunto deciso che quando nell'organico di un'opera pia sono specialmente determinate le funzioni e la retribuzione fissa o variabile del cappellano, l'ufficio suo assume figura giuridica, e non gli si può negare la qualità di impiegato ³⁾. Naturalmente c'è accordo qui come nel caso precedente: quando una persona richiede l'opera di un sacerdote, e questi annuisce, vi è un accordo, checchè se ne sia detto da chi ne ha negato la possibilità tra lo Stato e il privato; un accordo, dunque un contratto. Io non mi spavento delle parole, posto (e lo vedremo poi) che contratto è in genere un accordo, ma non necessariamente per uno scopo economico ⁴⁾. Ora, io non credo, come già ho rilevato, che il diritto tuteli questo accordo per un atto specifico il cui contenuto è regolato solo dai sacri canoni; ma credo che lo tuteli invece se l'oggetto è generico, postochè ciò che si dà al sacerdote per il sostentamento suo in realtà è vera e propria retribuzione.

La difficoltà però sta nel determinare più esattamente la natura di questa prestazione di lavoro. Certo è una prestazione completamente disciplinata negli atti singoli di cui consta, se di natura essenzialmente religiosa, dai canoni della chiesa. Ciò però non toglie che l'istituto da cui il cappellano dipende non possa pretendere da lui il

¹⁾ Cassazione Napoli 26 giugno 1913, *Foro*, 1913, I, 1070.

²⁾ Cass. Roma, 21 gennaio 1908, *Foro*, 1909, I, 139.

³⁾ Parere del 26 maggio 1911, in *Legge*, 1911, 1535.

⁴⁾ Il progetto di legge spagnolo sul contratto di lavoro (*Proyecto de ley sobre el contrato de trabajo*, Madrid, 1911, p. 3) limita il contratto di lavoro che esso disciplina alle prestazioni retribuite di carattere economico, alla quale categoria non appartarrebbe certo l'opera di un cappellano. Ciò però non toglie che nel caso ammesso nel testo si sia di fronte a un vero contratto di lavoro, in parte sottratto al diritto privato, così come lo è, per altro verso, il contratto di diritto pubblico.

concorso dell'attività sua, quando occorra, subordinandovi il pagamento dell'onorario, tal quale come per un altro qualunque impiegato. Di diverso, almeno in apparenza, vi ha qui solo la natura *sui generis* della prestazione del lavoro, che il diritto, nel modo della sua estrinsecazione, è incompetente a disciplinare ¹⁾. Ma è differenza sostanziale? Non mi pare: poichè il diritto non si preoccupa del tecnicismo nell'attuazione della prestazione. È però vero che nel caso nostro questa indifferenza è ben più spiccata.

93. Ma è poi ingiustificata la generalizzazione che il Loewenfeld vorrebbe fare di questa evidente e intensa gratuità della singola prestazione religiosa a tutte le professioni liberali in genere. Egli è stato a ciò indotto anche dal parallelo che presso gli antichi troviamo costantemente fatto tra sacerdozio religioso e sacerdozio della scienza. Per l'uno e per l'altro vorrebbe identità di trattamento, non trovando, e questo noi appunto poniamo in dubbio, che quel parallelo sia oggimai venuto meno. Il Loewenfeld non ha tenuto conto della diversità grandissima che passa fra i tempi di una volta e quelli d'oggi. Un tempo si riteneva per una tendenza di tutti i popoli primitivi derivata in parte dall'ingenuità di una civiltà bambina, e in parte da un concetto politico (quello della coercizione), che i precetti della scienza fossero emanazione della divinità. Nessuno ne era quindi miglior interprete dei sacerdoti stessi addetti al culto divino. Ma oggi? — Oggi d'altronde, salvo eccezioni, le opere liberali sono di regola mezzo a fine: e il fine è il sostentamento della vita. Il rapporto inverso creato dal Loewenfeld, per cui il sostentamento sarebbe mezzo a fine, e il fine sarebbero le opere liberali, è artificioso e non rispondente alla realtà della vita; forse anche un tempo c'erano maggiori idealità: e che perciò? Non si dimentichi, ripeto, l'origine divina della scienza, secondo i popoli primitivi: cessata questa credenza, e ritenuto che la scienza fosse il risultato delle umane speculazioni, non si fa il salto brusco alla condizione odierna in cui la scienza può avere tra gli altri fini anche uno scopo egoistico, imposto dalle esigenze della vita vissuta; ma in un periodo quasi di transizione rimase qualcosa dell'antico nel ritenere la scienza non mezzo a fine, ma fine per sè stessa ²⁾.

Oggi invece la tendenza egoistica pervade tutto e si infiltra anche nei recessi della scienza e dell'arte; chi ha delle nozioni scientifiche

¹⁾ Che la direzione dell'istituto abbia facoltà direttive, ciò nonostante, come su qualunque altro impiegato, è credibile, malgrado la natura della attività non si presti, nei dettagli, a una disciplina per parte della direzione.

²⁾ Sull'estimabilità delle opere liberali si può oggi ammettere che influisca anche il non esservi più, come un tempo (salvo per qualche riguardo quanto alla vendita), l'esigenza del *pretium justum*. Cfr. CROME, *System d. bürg. Rechts*, II, 2, p. 644, nota 20.

o delle abilità artistiche usa far assegnamento sulle une e sulle altre per vivere; nessuno si scandalizza nel veder tassate le opere dell'ingegno, in quanto arrechino ad altri un'utilità. Accanto a tutto ciò si deve però concedere che la scienza è anche fine a sè stessa, allorquando chi la professa nutre l'entusiasmo per essa che è per sè sprone a investigazioni sempre più feconde; tanto più poi quando non abbia le preoccupazioni della lotta per la vita.

Deploriamo pure questa grande organizzazione dell'egoismo che è il lavoro (manuale-intellettuale) odierno ¹⁾; ma i fatti sono fatti, e chi assevera che l'assimilazione oggi compiuta delle opere liberali alle illiberali risponde alla coscienza giuridica odierna, dice nulla di più dell'esatta verità.

94. La conclusione che ricaviamo è che il contratto di lavoro ha un contenuto molto vasto: e che noi siamo ben lontani dal limitarlo, come da un punto di vista sociologico non bene giustificato si vorrebbe fare, alle opere manuali, o prevalentemente tali. Ma non basta. Come vasto è il contratto di lavoro, altrettanto uniforme è il suo trattamento giuridico nei punti essenziali. Ciò deriva dal fatto indiscutibile che il fenomeno dell'offerta di lavoro e di corrispondente retribuzione della mercede è identico sempre, qualunque sia la natura del lavoro. Solamente si verifica questo: che la differenza della natura del lavoro porta necessariamente a una parzialmente differente applicazione di quei principi. Ma non si deve dire che è impossibile il governare con principi supremi identici quel rapporto di lavoro, benchè rivesta forme svariatissime. Il Desjardins scrisse: « Les applications du contrat de location sont multiples et diverses... Comment plier à des règles communes tous ces modes d'exercice de l'activité humaine? ». Il modo è assai semplice; un po' di intelligente acume nell'applicazione di queste norme! ²⁾.

¹⁾ È noto quanto, nelle sue opere teoriche e filosofiche, l'abbia deplorato WAGNER, che nel lavoro del compositore musicale vedeva una missione e un sacerdozio, da cui dovrebbe rifuggire qualunque criterio mercantile. Idee nobili certo; ma l'esempio dei nostri odierni compositori, che coll'arte loro, nobilmente esercitata, si arricchiscono, non pare atto a confortare gran che la pratica verità di quell'insegnamento.

²⁾ Alla natura sua propria delle opere liberali si sono volute connettere delle conseguenze sulle quali è lecito dubitare. Si è detto che il debitore di opere liberali è autonomo e indipendente nell'esercizio delle sue mansioni (cfr. ad es. GALIZIA, *L'azienda giornalistica*, pagina 98); su ciò torneremo a suo luogo, quando discorreremo della distinzione tra la locazione di opere e di opera. Si è a questo carattere, e alla natura intellettuale della prestazione riconnessa, al caso specifico del direttore di un giornale, la facoltà di rappresentanza (GALIZIA, cit., p. 99). Ma probabilmente il GALIZIA qui non ha inteso generalizzare, ma riferirsi unicamente al caso in esame.

§ 5. — *Donazione, mandato e deposito.*

SOMMARIO. — 95. Lavoro e compenso risultanti da due autonomi negozi giuridici. — 96. Donazione modale. — 97. Il lavoro gratuito. — 98. Il silenzio della legge sulla differenza tra contratto di lavoro e mandato. — 99. La teoria che scorge il criterio differenziale nella rappresentanza. Il significato della parola « affare » nell'art. 1737; storia di questo articolo. — 100. La parola « affare » nella dottrina. — 101. Altri argomenti contro la teoria della rappresentanza. — 102. Anche al rapporto nascente del contratto di lavoro può essere associata la rappresentanza. — 103. La teoria dell'affare giuridico. — 104. Nostra teoria: la gratuità essenziale del mandato civile. — 105. Giustificazione storica. — 106. Confutazione di obiezioni. — 107. Il mandato retribuito e la locazione d'opera. — 108. Il deposito e il contratto di lavoro. — 109. Il mandato commerciale. — 110. Valore pratico della nostra teoria: applicazioni del mandato (come tipo di contratto a titolo gratuito). I contratti a titolo gratuito. — 111. Presunzione di gratuità del lavoro. — 112. Il mandato propriamente detto (gratuito) e il cosiddetto mandato retribuito. Come si potrebbe conservare quest'ultima sottospecie del contratto di lavoro. — 113. Conclusione.

95. Contratto a titolo oneroso di lavoro contro mercede manca anzitutto quando la prestazione e un compenso in realtà non manchino, ma risultino da due autonomi negozi giuridici, ognuno dei quali, per conseguenza, è a titolo gratuito; in ambedue la prestazione è assunta volontariamente, sia pure che il lavoro, nel primo, sia stato assunto colla intima speranza di un futuro compenso ¹⁾. È questa un'ipotesi di cui discorreremo nel capitolo che segue.

96. In secondo luogo onerosità, cioè equivalenza, manca se la prestazione di lavoro e il compenso si riconnettono al medesimo negozio giuridico (contratto), ma non vi è stato l'esclusivo impulso egoistico del beneficio corrispondente all'onere accollato all'altra parte, pur sussistendo due oneri contrapposti, l'uno di fare, e l'altro di corrispondere un compenso. In proposito le ipotesi possono essere due. O la prestazione fondamentale è quella di fare, e l'onere di un compenso è in misura inferiore a quello che dovrebbe essere se chi si è assunta la prestazione di lavoro si fosse a ciò determinato unicamente dall'impulso di un guadagno. Oppure, viceversa, la prestazione fondamentale è di dare; e l'onere contrapposto di fare non è l'unico scopo che si è proposto di ottenere chi si assume di dare.

Nel primo caso vi è, anzichè contratto di lavoro, mandato o deposito compensato, ma in cui il compenso non sia in relazione di equivalenza. Nel secondo vi è una donazione, con apposto un onere di fare. Fermandoci brevemente anzitutto a questa seconda ipotesi

¹⁾ ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, p. 117.

ricorderò che qui siamo di fronte a una donazione modale ¹⁾. La quale, secondo l'opinione concordemente accolta tra noi, avrebbe di comune con il contratto a titolo oneroso (quindi nel caso nostro col contratto di lavoro) la contrapposizione di due oneri o prestazioni; e di differente la mancanza di equivalenza, che naturalmente non può che concepirsi come mancanza di un apprezzamento soggettivo di equivalenza ²⁾.

Non recentemente però ³⁾ fu sostenuta un'opinione diversa che pare tenda nella dottrina tedesca a prevalere. Il modo, cioè, non sarebbe in contrapposizione alla donazione, ma sarebbe in certo senso parallelo, anzi incorporato a quella, cioè costituirebbe una limitazione della donazione; essa può solo essere ricavata dalla donazione, procede da essa, in quanto è appunto col denaro ricevuto che il donatario dovrà adempire un dato onere. Non è una prestazione estranea alla donazione, che in certo senso venga dal di fuori al di dentro, come è indubbiamente il compenso pagato, non in funzione di equivalenza, al mandatario con denaro che colla prestazione compiuta dal mandatario abbia nulla a che vedere. È chiaro che, ammesso questo concetto, è tanto più logico lo scindere la donazione modale dai contratti a titolo oneroso; vi sarebbe un altro motivo oltre quello fondamentale, che è la mancanza di equivalenza. Quest'opinione, che veramente mi pare si possa accettare, è però in assoluto contrasto col concetto dominante della dottrina italiana ⁴⁾.

Tanto può bastare per questa ipotesi di dazione contro un limitato onere di fare. Assai più importante è invece l'esame dell'altra ipotesi, in cui si tratta di porre in luce i confini, oggi tanto contestati, tra il mandatario e il contratto di lavoro. Su questo argomento ci soffermeremo assai più a lungo.

97. Un contratto che vincoli alla prestazione di lavoro gratuito o prevalentemente gratuito in lato senso si può concepire pur sempre come un tipo di « contratto di lavoro ». Perchè anche qui la prestazione di lavoro imprime al contratto la fisionomia tipica. Ma sin da principio abbiamo limitato questa espressione — conformemente alla tendenza generale nell'accezione di quella espressione — al contratto commutativo di prestazione di lavoro contro mercede. È inutile soffermarci più oltre su questo punto.

Piuttosto l'esame della questione qui proposta è importante anche dal punto di vista del nostro « contratto di lavoro », in considera-

¹⁾ LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 150.

²⁾ Su ciò sempre appresso, laddove discorreremo della determinazione dell'ammontare della mercede. Intanto cfr. SCUTO, *Il modus nel dir. civ. ital.*, p. 163 sg.

³⁾ Cfr. UNGER, *Oesterreich. Privatrecht*, § 99, n. 3, nota 26; PERNICE, *Laboe*, III, 201; OERTMANN, *Engeltliche Geschäfte*, p. 51 sg.

⁴⁾ Cfr. ad es. lo SCUTO, op. cit., p. 188.

zione dei rapporti che tra le due forme di contratto possono sussistere (data la identità della prestazione principale: di lavoro), e per i dubbi gravi che questa distinzione ha suscitato nella dottrina per ciò che concerne il contratto di mandato.

Io infatti ho sostenuto, e sostengo tuttavia, che il tipo più generale di contratto vincolante a prestazione gratuita di lavoro è dato appunto dal « mandato » (civile). Oppure dal « deposito », se la prestazione di fare consiste in quell'attività di lavoro che noi vedemmo poter essere quello del semplice custodire ¹⁾.

È importante perciò, a questo punto, esaminare i nessi tra il nostro « contratto di lavoro » da una parte e gli altri due contratti, di mandato e di deposito, dall'altra.

98. Sulla distinzione tra contratto di lavoro (che noi concepiamo come locazione di lavoro) e mandato il codice civile non si è pronunciato in modo esplicito; anzi non si è neppur curato (questa è l'impressione di chi legge) di risolvere il dubbio. Questo si può anche giustificare. Infatti è certo che il legislatore deve regolare i vari rapporti giuridici in quel modo che da un punto di vista della corrispondenza loro ai bisogni della realtà sembri il migliore; alla scienza poi spetta il compito di ricostruire, di collocare ogni istituto nel sistema della legge, di notare le affinità e le discordanze, i limiti che separano l'uno dall'altro istituto. Su ciò nessun dubbio. Ma altro è, si noti, che il legislatore non invada con definizioni il territorio riservato all'interprete, alla dottrina ²⁾; altro è che il legislatore abbia chiara dinanzi a sé la visione almeno del differente ordine di bisogni pratici a cui i due istituti da esso plasmati e disciplinati debbano rispondere. Questo noi lo possiamo, e lo dobbiamo pretendere. Ed è alla deficiente visione di questi bisogni, alla strana persistenza in un antico, tradizionale errore, che noi dobbiamo la pomposa disciplina di un istituto, come il mandato, in confronto alla smilza regolamentazione del contratto di lavoro. L'interprete oggi si chiede stupito come si possano distinguere, e il perchè di questo differente apprez-

¹⁾ Cfr. sopra, p. 24 sg.

²⁾ Da qualcuno fu lamentato che di codeste distinzioni il codice non tenga parola. Ma questo non si doveva pretendere! Quel rimprovero fu fatto al progetto dell'attuale codice civile germanico (LOEWENFELD, *Gutachten aus dem Anraltstände*, p. 863.). Si disse che la legge dà a due contratti diverse conseguenze, ma che ciò non basta: occorre anche si dica *quando* queste diverse conseguenze hanno luogo per un contratto a preferenza dell'altro: e cioè in che essi differiscano. Vedremo che in realtà il codice tedesco ha risolto, e nel miglior modo, la questione. Qui intanto mi preme rilevare come, a mio avviso, di regola il legislatore agisca assai prudentemente quando evita le definizioni, che per natura loro sono il risultato di tutte le norme sancite per un istituto, e che presuppongono quindi l'esegesi acuta e paziente dello scienziato.

zamento dell'importanza sociale dei due istituti. Il perchè il contratto di lavoro sia stato così scarsamente disciplinato non è questo il luogo di spiegare. Ma agli altri punti interrogativi è solo l'esame dei precedenti storici che può dare una soddisfacente risposta. Si vedrà come il distinguere tra l'opera del legislatore come tale, cioè come fonte da cui si emanano imperativi, e l'opera sua come dogmatico è di primaria importanza, per ben chiarire quella che è a mio avviso la migliore soluzione da accogliere.

Ad ogni modo per il contratto di lavoro (inteso, non occorre ripeterlo, nel senso di « lavoro retribuito ») e per il mandato due cose rileviamo. Anzitutto che una differenza vi è senza dubbio; dalla legge (civile) si ricava trattarsi di due rapporti che hanno ognuno un campo proprio d'azione. In secondo luogo, che dobbiamo nella ricerca di questa caratteristica distintiva superare certe difficoltà, di cui la maggiore forse è quella di doverci sottrarre all'*ambiente* (se così ci è lecito esprimerci) creato intorno a noi da certi principi tradizionali, ritenuti di evidenza assiomatica e quindi intangibili.

99. Il primo di questi è l'opinione per cui il carattere differenziale de' due istituti sia nell'esservi o no la « rappresentanza »: questa — fu detto — vi è nel mandato e non nella locazione d'opera. Posto questo criterio differenziale, ne segue che vien meno l'altro della gratuità o no. E cioè il mandato (si intende che d'ora innanzi ci riferiremo sempre al mandato civile) può essere anche un contratto in forza del quale l'obbligo di una data prestazione di fare è assunto a titolo corrispettivo (lavoro dunque retribuito); solo occorre che vi sia connessa la facoltà di rappresentanza.

Mi affretto a dichiarare che se a questa teoria hanno dato la loro adesione il Giorgi ¹⁾, il Chironi ²⁾ e l'Abello ³⁾, d'altra parte può dirsi ormai esclusa dalla maggior parte della dottrina più recente che si è occupata dall'argomento ⁴⁾. Tuttavia rappresenta un indirizzo largamente seguito dalla giurisprudenza: che anche qui, come in altri casi, è sorda a risentir l'eco delle più recenti voci dottrinali. Perciò e per l'autorità degli scrittori surricordati, non sarà male il soffermarci anche su questo punto.

a) Anzitutto non è vero che il mandato contenga sempre ed essenzialmente la rappresentanza: cioè, che la prestazione del mandatario

¹⁾ *Obbligazioni*, V, p. 384.

²⁾ *Colpa contrattuale* (2.^a ed.), n. 187 sg.

³⁾ *Locazioni*, II, p. 70, il quale però (p. 68) sembra accogliere anche il mio punto di vista. Cfr. pure in questo senso la prevalente dottrina francese. Cfr. LAURENT (appr. cit.); Il BAUDRY-LACANTINIERE, *Locazioni* (ed. ital.), Milano, II, n. 1639.

⁴⁾ Cfr. però VENZI, nelle sue note alle *Istituzioni* del PACIFICI-MAZZONI, V (1913), p. 501. Inoltre è per la teoria della rappresentanza anche il Pozzo, in *Giur. Ital.*, 1905, IV, col. 307 sg.

consista necessariamente in una *res juris*, nell'erezione di un negozio giuridico per modo che gli effetti del negozio si intendano riferiti ad un'altra persona, rappresentata dall'agente. Invece oggetto del mandato può essere anche un atto materiale senza immediati effetti giuridici. Pel nostro codice il dubbio può nascere anzitutto dalla definizione del mandato contenente nell'art. 1737, il quale usa la parola « affare ». Perciò i commentatori del Codice definiscono il mandato come incarico di compiere un determinato negozio giuridico. Una parte della nostra dottrina per conseguenza fa della rappresentanza un effetto necessario del mandato: col mandato avrebbe vita quest'istituto sempre. Invece non è così, e la parola affare va presa in un senso lato.

Quanto alla dizione dell'art. 1737 si potrebbe intanto osservare che, se anche la parola affare, e, in genere, quella formula si vuol proprio intendere come riferita a un affare giuridico, ciò però non implicherebbe il concetto della rappresentanza: perchè si può dare affare giuridico senza potere di rappresentanza (vi allude appunto l'art. 1744). Ad ogni modo si potrebbe pur sempre dire che quella formula non si potrebbe considerare come esauriente, ma solo come alludente a quel caso, il più importante nel mondo giuridico, che il legislatore aveva sott'occhio nel momento in cui redasse, in parte (ma in parte soltanto) sull'esempio del Cod. Napol., quell'articolo. È vero che si tratta di una definizione, e che si può supporre che una definizione, che contiene nè più nè meno che i limiti dell'istituto!, sia esatta. E così infatti dovrebbe essere. Ma la definizione è sintesi dogmatica o ricostruttiva, non è opera, per lo più, di legislatore. Infatti, ritenendo esauriente quella formula, limitata all'« affare giuridico », è certo che rimarrebbe una strana incognita la struttura giuridica dei casi in cui una persona si assuma gratuitamente una diversa attività di lavoro per altri (prestazione materiale)¹). Quali regole dovremo applicare? Nessun

¹) A questo proposito l'ABELLO, op. cit., p. 71-72, pare voglia salvare il principio della rappresentanza come elemento tipico del mandato scorgendola anche nell'ipotesi fatta da me altra volta, di chi per amicizia o altro si assuma di recapitare una lettera altrui. Se non ho capito male, l'ABELLO non sarebbe alieno dal vedere qui pure la rappresentanza postochè questo servizio gratuito « non possa mai rivestire alcuna altra figura che di mandato ». Francamente il pensiero dell'A. qui mi sfugge: noto ad ogni modo che qui egli vede un mandante, e fin qui sta bene. Quanto al vedere un caso di rappresentanza, non si può riuscirvi se non coll'aiuto del latissimo concetto (non tecnico!) che della rappresentanza ha il CHIRONI a proposito dell'art. 1153, cap. 2.º, da me combattuto altra volta (*Responsabilità per fatto di animali*, ecc. n. 38, p. 84 sg., *Estratto*). E che così sia (malgrado quanto protesta il chiaro A. a p. 75-76) è rivelato dal fatto che per l'ABELLO è irrilevante, perchè vi sia rappresentanza, che si agisca in nome, o solo per conto (ciò a proposito della formula « per conto » di cui all'art. 1737: cfr. appresso): basta che l'azione si sia svolta nell'interesse di altri (op. cit., p. 73-74), che essa si riferisca alle

dubbio può sorgere che si debbano estendere (sempre presupposta quella concezione angusta dell'art. 1737) le regole del mandato: ciò per analogia. Se dunque si deve finire coll'ammettere l'estensione a questi casi delle regole del mandato (inteso sempre limitato come sopra, per mera ipotesi) tanto vale, mi pare, ammettere addirittura che i confini che coll'art. 1737, così inteso, si vorrebbero assegnare al mandato, sono in realtà troppo angusti: e perciò guardare addirittura se proprio quella formula è così decisamente favorevole all'« affare giuridico » come si sostiene.

Ora, io non credo che la parola « affare » alluda necessariamente a un « affare giuridico ». E a tal proposito vediamo anzitutto il precedente storico del Codice Napoleone ¹⁾.

Il Cod. Nap. (art. 1984) ha del mandato una definizione assai più esatta che non il nostro Codice: « le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire *quelque chose* pour le mandant et en son nom ». In fondo l'istituto del mandato del nostro Codice è tolto di peso dal Cod. Nap. e una semplice modificazione della definizione come è quella dell'art. 1737 non è tale da modificarne tutta l'essenza. Dunque anche atti materiali sono oggetto di mandato; e quando per sentimento di amicizia, non per avidità di luero, io mi obbligo a recapitare una lettera importante di un mio amico, questo contratto è appunto un mandato. Questo dice anche Giustiniano, § 3 I. h. f. 3, 26: « Si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda *nulla mercede* constituta neque promissa mandati competit actio ». Cfr. ancora fr. 22, *de praeser. verb.*, 19,5 — fr. 42, *mand.*, 17,1. In questi casi è vano parlare di rappresentanza. Veramente può sembrare una difficoltà (così ad es. Laurent) ²⁾ la stessa definizione che il citato art. 1984 del Cod. Nap. dà del mandato. Vi si dice che il mandatario deve agire *in nome* del mandante. Il Laurent, come al solito, interpreta alla lettera quella definizione, e deduce che pel Cod. Nap. non si può parlare di un mandatario che non agisce in nome del mandante. Già questa è una conclusione arrischiata; il Troplong notava che il mandato in nome proprio e per conto del mandatario doveva essere ammesso anche pel Cod. Nap. ³⁾, e già sopra abbiamo infatti ricordato del nostro codice l'art. 1744, che ammette il mandato anche quando,

persone per cui conto si è agito. Ma questa non è più rappresentanza! È un agire per altri: allora vi è rappresentanza sempre, in questo senso, anche nel contratto di lavoro.

¹⁾ Sulla storia dell'art. 1737, cfr. pure TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclus. dei contratti* (1892), p. 335.

²⁾ *Principes*, XXVII, 374.

³⁾ *Mandat*, n. 7, 8.

trattandosi di atti giuridici, il mandatario li eriga in nome proprio, cioè quando manca la rappresentanza. È anzi da osservare come non diversa sia la conclusione persino pel mandato commerciale in cui pure, a differenza che nell'art. 1737, si fa menzione dell'agire in nome del mandante (art. 349 Cod. comm.): sul proposito io qui rinvio alla trattazione, che mi sembra esauriente, dello Sraffa, il quale fonde mandato e commissione in un unico tipo di contratto, cioè il mandato, col risultato di escludere la rappresentanza, come elemento tipico del mandato commerciale.

Ma il Laurent ha preso alla lettera anche l'espressione « *en son nom* », o meglio l'interpreta a suo modo, perchè ne deduce ¹⁾ che nel mandato ci deve essere sempre rappresentanza. Egli è rimasto perciò conseguente e logico quando ha sostenuto, in seguito, che oggetto del mandato può solo essere un atto giuridico, appunto perchè « *il s'agit de représenter le mandant* ». — Ora, in tutto questo ragionamento non si è inteso semplicemente il valore della frase « *il mandatario agisce in nome del mandante* ». Il valore delle parole « *in nome* » muta secondo che oggetto del mandato sia una prestazione o un fatto giuridico come un contratto. Nel primo caso quelle parole vogliono dire « *nell'interesse* », mentre non si può dar loro il significato di « *in rappresentanza....* » se non quando si tratta di un mandato a compiere un negozio giuridico, perchè è solo allora che si può parlare di effetti giuridici dell'atto compiuto dal mandatario che vanno a riferirsi senz'altro al mandante. Il Laurent ha semplicemente spostato i termini del ragionamento, chè ha fatto della premessa la conseguenza, e della conseguenza la premessa.

Questo concetto è stato sostanzialmente accolto nel nostro art. 1737, di cui anzi il legislatore italiano ha avuto cura di migliorare la formula, sostituendo « *...per conto di un'altra persona...* »; per conto è come « *nell'interesse* ». Ciò conferma nel miglior modo possibile il nostro punto di vista ²⁾.

¹⁾ Op. cit., p. 455.

²⁾ Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 409, p. 487. Le parole *en son nom*, che noi vedemmo non includere necessariamente l'idea di rappresentanza, vennero combattute da una parte della dottrina francese, perchè si ritenne che nella definizione del mandato nei rapporti tra mandante e mandatario non si dovesse far parola de' rapporti tra mandatario e terzi. In base al preconconcetto che noi abbiamo combattuto (che il mandato includa necessariamente rappresentanza), gli scrittori italiani — specie commercialisti — hanno lamentato a loro volta la mancanza di parole corrispondenti all'« *en son nom* ». Confronta CALUCI, *Codice di commercio*, all'art. 349, p. 79. — Il VIDARI non ammette l'obiezione formulata dalla dottrina francese (e tra noi dal BORSARI, IV, p. 1034), ritenendo che il mandato si debba studiare nel suo stadio funzionale: e cioè ne' rapporti del mandatario col terzo. Anche questo in base al noto preconconcetto (*Corso di diritto comm.*, IV, n. 2846 e seg.).

100. Colla scorta adunque di questi precedenti storici a me non pare affatto dimostrato il significato della parola « affare » (nell'articolo 1737) come affare giuridico. È vero per il nostro « affare » quello che per il « *negotium* » romano, e per il « *Geschäft* » tedesco ¹⁾. È stato spesso autorevolmente ritenuto che *negotium* significasse affari giuridici, rispetto a cui è possibile un'amministrazione. Ma Gaio (*Inst.* III, 155), che riferisce il mandato in genere al « *negotia gerere* », cita come esempio anche il caso « *si fulloni polienda curandave vestimenta, aut sarcinatori sarcienda..... [sott. dederim]* » ²⁾. Certo la parola « affare »

Il vero è che il lato essenziale del mandato in genere è sempre il rapporto tra mandante e mandatario. L'esserci rappresentanza è una mera accidentalità, non è un elemento essenziale del mandato (benchè il CIVETTA faccia addirittura della rappresentanza un elemento naturale del mandato, a questo direttamente riconnesso dalla legge. V. ^o Commissione in *Enciclopedia giurid.*, n. 15, e ciò in base appunto all'art. 1744). In questo senso il rapporto coi terzi non è che un modo accidentale di esecuzione del mandato. L'opinione contraria è però molto diffusa: cfr. anche i traduttori di WINDSCHEID, I, pag. 918 alla nota x. Il WINDSCHEID stesso altrove (II, § 409, 1. f.) si è espresso assai esattamente quando osserva che il mandato può avere per oggetto una prestazione anche di un semplice fatto: chè quando è una prestazione di diritto (rappresentanza) e cioè la creazione di rapporti giuridici, si fonda con ciò (*ma solo allora*) un altro lato importante del mandato riguardante i rapporti coi terzi.

¹⁾ In Germania non è forse diffusa come in Italia l'opinione che fa di « *Geschäft* » un affare giuridico. A quest'opinione aderisce ad es., lo HELLWIG. *Ueber die Stellung des Arztes im bürgerl. Rechtsgeschäft*, 1905, p. 9. E così pure ENDEMANN, *Einführung*, I, § 177. I traduttori italiani di WINDSCHEID (I, p. 918, nota x) notano a questo proposito che la parola « affare » non corrisponde al tedesco « *Geschäft* ». Quest'ultima parola, dicono, allude sempre a un affare o negozio giuridico. Ora questo non ci sembra esatto. *Geschäft* corrisponde a negozio, parola certo molto comprensiva, e che si riferisce anche a un affare non giuridico. Tant'è che per esprimere « affare giuridico » i tedeschi sogliono dire « *Rechtsgeschäft* ». Ad ogni modo se anche si voglia limitare il « *Geschäft* » al negozio giuridico (in questo senso cfr. per es. « *geschäftsfähig* » è certo che gli autori sono concordi nell'intendere in senso più lato quella parola quando sia questione di « *Geschäftsbesorgung* » (il curare, compiere un negozio). Del resto i motivi del I progetto di Cod. civ. germ., II, p. 526, sono espliciti per questa latitudine di concetto. Ad ogni modo è esatissima la conclusione cui gli egregi traduttori succitati arrivano: che cioè oggetto del mandato possa essere qualunque fatto che abbia pel mandante un interesse, vi può essere dunque mandato senza rappresentanza, come d'altra parte rappresentanza senza mandato. La stessa azione (sia materiale sia giuridica) può indifferentemente essere oggetto così di un mandato come di un contratto di lavoro, come bene osservano i motivi citati. Del resto è istruttivo il confronto con l'art. 349 Cod. comm., dove la « trattazione di affare per conto e in nome del mandante » ha una portata ben diversa dal più generale « compiere un affare per conto di un'altra persona » di cui all'art. 1737. Certo è anche più generico il « fare una cosa » di cui all'art. 1570.

²⁾ Cfr. pure fr. 13 § 1, XIX, 5; fr. 1 § 18, XIV, I. Si noti che il valore del testo gariano adottato da GIUSTINIANO nel frammento citato nel testo resiste se

non è parola della tecnica terminologia giuridica; ora nell'uso volgare « affare » vale anche per una mera *res facti*, così come la parola negozio (nell'uso volgare si intende). Anche il Lotmar esclude che quella parola alluda a stipulazione di negozi giuridici; trova che a volerne precisare il significato si possono solo dare criteri negativi: e cioè la parola affare non comprende atti di produzione originaria, atti di gestione industriale, e il lavoro compiuto alla o colla persona del creditore del lavoro ¹⁾.

E del resto è certo che questa medesima parola nell'art. 1141 allude anche a una *res facti*: la gestione di negozio non è puramente rappresentativa (nel senso tecnico di questa parola); si dà ad es. gestione di lavoro (non come attività giuridica), ed un cosiddetto quasi contratto di lavoro. È vero che il legislatore ebbe di mira specialmente l'attività giuridica (si veggia ad es. l'art. 1144), così come per il mandato, che nel nostro codice è la sede della disciplina della rappresentanza. Ciò si spiega colla vecchia tradizione delle opere liberali rifuggenti da una mercede (cfr. appresso): ma nella mente dei compilatori non tutte le opere liberali presupponevano la rappresentanza. E del resto non si dimentichi che la parola « affare » è stata derivata dal Pothier, il quale l'usò nel senso più ampio: tra gli esempi cita l'incarico dato a un dottore di impartire delle lezioni ²⁾.

Escluso che « affare » per sè alluda a un'attività di carattere giuridico esclusivamente è da vedere se dunque coincide con qualunque forma di attività. Veramente quella parola non allude necessariamente a un fare; può comprendere anche un dare; ma è certo che anche il dare implica un'attività, e che si tratta di una gestione d'affare; trattandosi di affare altrui (del mandante) viene in prima linea l'attività di lavoro richiesta per tale gestione.

Ora, che affare coincida con qualunque lavoro ³⁾ è stato negato. E però tutt'altro che facile determinare esattamente questa differenza. I più tra coloro che non limitano l'« affare » all'« affare giuridico » riferiscono quella parola a ogni attività che miri a « migliorare la condizione economica dell'individuo » ⁴⁾; per alcuni ciò che concerne il patrimonio dell'individuo vi sarebbe compreso ⁵⁾. Ma in tal caso ben poche forme di lavoro sfuggirebbero al concetto di « affare » e la diffe-

anche si vuol ammettere l'interpolazione sospettata dal FERRINI, in *Bull. Istit. dir. rom.*, XIII, p. 183.

¹⁾ LOTMAR, cit., p. 177 e segg. E così pure il CROME, *System d. deutschen burg. Rechts*, II, 2, p. 612, pel quale affare (*Geschäft*), comprende anche, ad es., la costruzione di una casa, l'allestimento di un giardino.

²⁾ *Mandato*, n. 12.

³⁾ Come ad es. sostiene lo HACHENBURG, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, p. 11.

⁴⁾ Così il CROME, *System*, cit. p. 613, nota 6.

⁵⁾ COSACK, cit. p. 508; ENDEMANN, *Einführung*, p. 786.

renza si riduce a cosa trascurabile; anche quelle che mirano a scopi di igiene, di istruzione, di divertimento vi rientrerebbero, a differenza di quanto sostiene il Crome: sono atti che non produrranno un effetto economico immediato, ma indiretto certo, e tanto basta per la loro patrimonialità. Il Lotmar, come sopra abbiain ricordato, non ha dato criteri positivi ma negativi: esclude cioè che siano affari i lavori di produzione originaria (seminagione, ecc.), di produzione industriale (elaborazione della materia prima), e quelli fatti sulla o colla persona di chi dà l'incarico ¹⁾. Con che si restringe notevolmente il campo di applicazione, tanto più che secondo il Lotmar « affare » indica gestione di affari altrui, trasferiti al mandatario, e da questo assunti. Quest'ultimo concetto ha certo una rispondenza in Pothier ²⁾, laddove giustifica la cessazione del mandato per morte del mandante con ciò che « il mandante con questo contratto incarica il mandatario di far qualcosa in suo luogo; questo è reputato far lui ciò che fa il mandatario »; proprio la gestione « per altri » cui allude il § 662 cod. germ. ³⁾, e « per conto di un'altra persona » dell'articolo 1737.

Ora, il medico che cura l'ammalato non agisce per conto del malato, così come la persona che si assume di recapitare una lettera agisce per conto di chi l'ha incaricato, nel primo caso, accogliendo quel concetto, non avremmo mandato (se gratuito), nel secondo sì. Infatti nel primo non vi è una forma di attività che possa essere attuata da chi ne è il creditore, come vi è nel secondo. Prendendo alla lettera la parola « affare » questo risultato appare a tutta prima indubbio ⁴⁾. Ma allora come sarà disciplinata la prestazione del medico a titolo gratuito? Il Lotmar altrove osserva che casi di questo genere sono rari, e perciò la legge non se n'è curata ⁵⁾; e di questo avviso è anche l'Isay ⁶⁾;

¹⁾ Op. cit., I, l. cit. e p. 280.

²⁾ Op. cit., n. 103.

³⁾ È inutile osservare che in ciò non vi è rappresentanza; nè vi è necessariamente neppure se si tratta di un negozio giuridico (se manca l'agire in nome altrui). Non è però escluso che sia appunto questo concetto fondamentale che ha fatto scegliere il mandato come sede della disciplina legislativa della rappresentanza. Affine all'opinione espressa nel testo a quella del RIEZLER, *Werkvertrag*, cit., pel quale (come del resto già accennavano i motivi in Il lettura del progetto di cod. civ. germ.) l'affare deve svolgersi nella sfera giuridica del mandante: una formula molto vaga, e incancellabile, come si capisce, perchè dal momento che il primariamente interessato all'attuazione del lavoro è chi dà l'incarico al soddisfacimento di uno scopo pel quale il lavoro è destinato, è chiaro che la ragione del lavoro ricade nella sfera giuridica di chi dà l'incarico.

⁴⁾ Il RIEZLER, *Werkvertrag nach d. d. bürg. Gbuck*, p. 77, evita la difficoltà col dar peso al carattere professionale del lavoro compiuto per parte di chi ne è stato incaricato. Al medico sarebbe certo applicabile il § 663 C. civ. ted.

⁵⁾ Op. cit., I, p. 128-129.

⁶⁾ *Geschäftsführung*, p. 46, nota 5.

è un argomento su cui torneremo tra poco. Tuttavia è certo che le regole del mandato si potranno analogicamente estendere a quei casi, posto che proprio la parola « affare » si debba intendere con quella limitazione. Il che non è affatto sicuro; malgrado il precedente di Pothier, debbo ricordare che il mandato fu considerato sempre (almeno nel diritto comune) come la sede delle prestazioni di opere liberali che per la loro elevatezza sono inestimabili; ora è a ritenere che tra queste fossero considerate anche le prestazioni (anche compensate) del medico. Perciò io preferirei dare a quella parola « affare » una più ampia portata.

101. In favore della teoria della rappresentanza in secondo luogo si può a tutta prima invocare il fatto, innegabile, che la legge nostra (la quale non ha una parte generale sul negozio giuridico) ha scelto il mandato come la *sedes materiae* della rappresentanza. Ne discorre l'art. 1744, che disciplina l'ipotesi appunto in cui manchi rappresentanza per ciò, che il mandatario agisce in suo nome; ne discorrono gli art. 1741 (atti di amministrazione), 1742 (limiti del mandato), 1751 (notizia delle facoltà ricevute), 1752 (obbligazioni contratte dal mandatario), che sono concepiti in tal modo da lasciar chiaramente intendere il loro riferimento alla rappresentanza. Ma si può subito rispondere che il legislatore prevede « anche » il caso di rappresentanza: a parte quanto già affermammo per l'ipotesi dell'art. 1744, in cui manca rappresentanza pur sussistendo tuttavia il mandato, si può anzi aggiungere che probabilmente il nostro legislatore aveva di mira il mandato come fonte più frequente di obbligo a prestazione alla quale sia riconnessa la rappresentanza (che, come io ritengo ¹⁾, non ha per fonte sua diretta e propria il mandato, ma la « procura »). Ma, come si capisce, da questo a ritenere che non vi sia mandato dove non vi è rappresentanza, ci corre parecchio!

Concludendo, la teoria della rappresentanza non si può generalizzare e compenetrare col mandato stesso: non può dirsi col Giorgi ²⁾ che « se havvi una differenza superiore ad ogni controversia, la differenza si è che il mandato include, la locazione di opere esclude la rappresentanza ».

Si noti poi che ad ogni modo, anche se ciò fosse, la rappresentanza non potrebbe mai essere elemento tipicamente differenziale del mandato in confronto ad altri tipi contrattuali. Infatti perchè ciò fosse bisogna pretendere, logicamente, che sia un elemento « tipico », cioè

¹⁾ Cfr. le mie *Istituzioni di dir. civile*, p. 167.

²⁾ *Obblig.*, V, pag. 384. Come il GIORGI, il CHIRONI, ecc., da noi, così in Germania il PUCHTA, *Pand.*, § 323, l'ARNDT, *Pand.*, § 291; cfr. invece UNGER, *System*, II, § 90, n. 40.

esclusivamente pertinente al mandato: e ciò non è ammissibile. Non ho bisogno di ricordare i molti casi in cui la facoltà di rappresentanza deriva dalla legge direttamente che la riconnette ad es. alla qualità di genitore, o alla qualità di socio (art. 1723, n. 1) ¹⁾ se ad esempio si tratta di un contratto di lavoro atto, per l'indole delle sue mansioni, ad autorizzare l'acquisto di materia prima da terzi a nome del creditore del lavoro, dovremo noi veder qui una miscela di contratto di lavoro e di mandato? Sarebbe una costruzione ibrida ed arbitraria ²⁾, accolta però, a quanto pare, da qualcuno (ad esempio dall'Abello) ³⁾.

Questa duplicità di tipo contrattuale è — in via generale — un errore, perchè travisa la evidente unicità di tipo contrattuale o di rapporto giuridico, di cui troviamo un sintomo ad es. nell'art. 1554, cap. 1.º. Eppure questa parziale sovrapposizione fu accolta, ammettendo il contratto di lavoro nei rapporti interni, il mandato nei rapporti esterni (verso i terzi): così per talune categorie di impiegati ferroviari e pei viaggiatori di commercio ⁴⁾.

Infine è da rilevare che mandato e rappresentanza non coincidono anche per ciò, che la fonte della rappresentanza non è già il contratto di mandato (quando si tratta di mandato), ma la « procura », che può coincidere, ma può anche non coincidere col mandato: ciò fu a mio avviso egregiamente dimostrato dal Nattini. Non si dica dunque mandatario o rappresentante promiscuamente, come se fossero sinonimi.

¹⁾ Anche il TARTUFARI, *Della rappresentanza nella concl. dei contr.*, p. 145, n. 19, ammette che tra rappresentante e rappresentato vi può essere un rapporto interno, oltre che di mandato, di locazione d'opera, di società, ecc. Questa è, ormai, l'opinione più comune. VIVANTE, *Trattato* (3.ª ed.), I, p. 386.

²⁾ La giurisprudenza prevalente tende a riconoscere come vero quanto noi neghiamo. Già la Cassazione di Roma, in una sua non recente ma elaboratissima sentenza, riteneva che la rappresentanza sia un elemento essenziale del mandato, mentre tale elemento non trovasi nella locazione d'opera. Il punto di partenza erroneo, da cui muovesi in genere, anche nella citata sentenza, è — come già dicemmo altrove — che oggetto del mandato sia sempre un atto giuridico compiuto a nome del mandante con terze persone, cioè la conclusione di un negozio giuridico. « Il mandante trasferisce nel mandatario secondo maggiori o minori limitazioni la capacità sua di obbligarsi e di obbligare i terzi ». Il prezzo, si dice in quella sentenza, non differenzia ormai più dell'odierno diritto i due istituti; perchè la gratuità non è oggi dell'essenza del mandato; e qui non può dunque stare il criterio distintivo. Più recentemente la stessa Cassaz., Roma, 17 marzo 1910, *Foro it.* 1910, 400, pone come criteri essenziali e distintivi del mandato a) che l'affare sia un atto, o una serie di atti giuridici; b) che il mandatario riceva il potere di rappresentare il mandante.

³⁾ Op. cit., p. 75.

⁴⁾ E di tale avviso il GROUSSIER, in PERREAU et GROUSSIER, *Contrat de travail*, pag. 71.

Il Jhering ¹⁾ aveva benissimo rilevato che nell'espressione « demandata rappresentanza » e cioè rappresentanza sorta in forza di mandato, le parole mandante e mandatario denotano il rapporto relativo tra queste due persone, il lato interno del rapporto, mentre rappresentante e principale indicano la qualità loro di fronte ai terzi, il loro carattere assoluto, il lato esteriore del rapporto; il primo è retto dal contratto (che può essere di mandato, di contratto di lavoro, ecc.); il secondo dalla procura. Questi due lati e questi due rapporti sono perfettamente indipendenti l'uno dall'altro, chè vi ponno essere mandatari che non sono rappresentanti (è il caso nostro), e rappresentanti che non sono mandatari (come il tutore e il *negotiorum gestor* che agisce come rappresentante). Nel primo caso abbiamo la prestazione gratuita di un servizio *ex officio atque amicitia*, più che l'assunzione di un affare altrui ²⁾.

102. b) Si afferma che nel contratto di lavoro non vi può essere rappresentanza. Questa è una teoria discretamente invalsa nella giurisprudenza ³⁾, dove si pensa nel caso più favorevole che la rappresentanza vuol essere relegata esclusivamente nel mandato come uno degli effetti speciali di questo contratto. È una teoria che non trova un solo appoggio sostanzialmente rilevante nel codice. La verità è che quanto all'oggetto il mandato e la locazione d'opera oggi non differiscono menomamente tra di loro; oggetto in ambedue può essere sia un atto giuridico (da solo o con terzi), sia un atto senza alcuna immediata portata giuridica. E l'essersi creduto il contrario per la locazione d'opera come per il mandato fu non altro che l'effetto dell'asservimento a un principio ritenuto assiomatico e non mai discusso, per cui il criterio distintivo tra i due istituti sia nell'esservi o no la rappresentanza ⁴⁾.

¹⁾ *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, nei suoi *Jahrbücher*, I, pag. 313 e seg.

²⁾ Non vi ha più dubbio nella dottrina sulla necessità di distinguere il lato interno dall'esterno: cfr. anche l'ENDEMANN, op. cit., p. 695, e soprattutto NATTINI, cit., p. 8. La prevalenza del lato interno è vera anche pel mandato commerciale — ammesso che in questo mandato vi sia sempre rappresentanza — quando noi volessimo stabilire pel codice di commercio un tipo unico di negozio giuridico: *mandato commerciale*, che comprenderebbe come sottospecie anche la commissione. Così ritenne il BORSARI, op. e l. cit., così recentemente e molto bene lo SRAFFA, *Dir. comm.*, 1898, pag. 318 seg.: e questo ammetterei pur io.

³⁾ Il Trib. di Torino fa del direttore di un giornale un locatore d'opera perchè nella locazione d'opera « è esclusa qualunque idea di rappresentanza » (15 febbraio 1910, *Dir. comm.*, XXIX, 290). Vi è infatti contratto di lavoro, ma non per quel motivo, come a suo luogo vedremo. Per l'esclusione della rappresentanza dal contratto di lavoro, pure TARTUFARI, *La rappres. nella conclus. dei contratti*, p. 238. Esattamente invece il NATTINI, *Dottr. generale della procura*, p. 190.

⁴⁾ Anche il SENTENIS, II, § 113, nota 8, pag. 564 è caduto in questo errore. Il

La dimostrazione di questo secondo assunto, che la rappresentanza è compatibile col contratto di lavoro, è possibile, con argomenti dedotti direttamente dalla legge, malgrado la sua laconicità in argomento. Infatti non vi ha dubbio che gli institori (da tutti collocati tra i locatori d'opera) siano vincolati da un vero e autentico contratto di lavoro, e certo egli può « contrarre obbligazioni » (art. 368 Cod. comm.); essi ricevono un mandato (meglio « procura ») di fronte ai terzi efficace. Insomma sono rappresentanti ¹⁾. Torniamo a dire: che la legge discorra di rappresentanza nel mandato, non nella locazione d'opera, è un criterio esteriore di collocazione per sè insufficiente. Quando sia provato come la rappresentanza sia conciliabile con rapporti giuridici diversi da quelli scendenti dal mandato, quell'argomento si sfascia: e risorge subito nettamente la possibilità di una rappresentanza affidata a un debitore retribuito del lavoro.

A non voler accogliere questa possibilità non si saprebbe davvero che pensare di certi contratti che per un verso non sarebbero contratti di lavoro, essendo accompagnati da procura (facoltà di rappresentanza); d'altra parte l'evidente scopo di speculazione in chi si

mandato, secondo lui, si distingue da ogni altro contratto per la peculiarità della rappresentanza. Col mandato in tal modo si pouno conseguire certi effetti giuridici cui non si arriva con nessun altro contratto. In questo senso buona parte della dottrina francese (cfr. AUBRY e RAU, *note a Zachariae*, § 371 bis) esclude che rappresentanza vi possa essere nel contratto di lavoro (*locatio operarum, operis*). Taluni si appoggiano appunto sulla teoria così come è accolta dalla corrente dominante nella dottrina e giurisprudenza per trarne una conclusione che noi pure accettiamo, ma non per questa via; che cioè le opere dell'ingegno retribuite sono oggetto di locazione d'opera, non di mandato (cfr. MAJOLO nell'*Antologia giur.*, IV, 1890-91, p. 222, *La responsabilità in materia telegrafica*). — Degna di speciale menzione, perchè eclettica e.... di difficile intelligenza, è la teoria del BARON. Questi nelle sue *Pandette*, 8.^a ed., § 299, II) rileva l'interesse che desta il vedere come oggi (e ciò per il diritto comune odierno), se la sbriga il romanista colla distinzione tra mandato e locazione di lavoro. Egli rigetta il criterio romanistico della onerosità o gratuità, riteneudo però che non si può ammettere senz'altro in un mandato il diritto, in genere, a una mercede. Secondo il BARON, il concetto di mandato include diversi contratti: a) prestazioni di lavoro gratuito per le prestazioni materiali (operai ecc.); b) prestazioni di lavoro oneroso, che non è lavoro illiberale, ma neppure libero lavoro dell'intelligenza; ad esempio, la conclusione di contratto in nome del creditore del lavoro, che sarebbe il mandante. L'ENDEMANN (op. cit., p. 693) osserva che il BARON non è riuscito con ciò a sostituire una teoria più accettabile della romanistica, a sua volta inaccettabile. — Io invece credo che il *mandato civile* non si possa logicamente concepire diverso da quello che lo concepirono i giuristi romani. E del resto anche lo SRAFFA, op. cit., p. 16, ha giustamente osservato che il criterio della gratuità o no, che il BARON vorrebbe relegare in soffitta, in realtà rifà, e come!, capolino, quanto al lavoro di operai.

¹⁾ Cfr. LA LUMIA, op. cit., p. 109, che cita ancora gli amministratori generali di patrimoni privati, i direttori di società anonime.

assume la prestazione di lavoro va a cozzare contro la necessità di una chiara promessa di compenso, di cui all'art. 1739. Ad esempio, il patrocinio forense: qui vi è rappresentanza, ma la causa giuridica è l'ottenere una mercede, promessa o no poco importa. In questo senso giustamente pronunciò il tribunale di Saluzzo ¹⁾ che vi fosse locazione d'opera e non mandato. È chiaro che di mercedi il più delle volte tra il procuratore ed il cliente non si fa parola allo stipulare del contratto (sotto forma di *procura* o *mandato*, da non confondersi colla legittimazione « mandato » in senso rigorosamente tecnico), quindi a rigore se proprio vi fosse mandato, dovremmo presumere la gratuità, che la promessa di compenso nel mandato deve essere chiara, determinata, non equivoca: e quella presunzione è assurda. È sullo scoglio di queste difficoltà che fu creata — per il patrocinio forense — la teoria di un contratto *sui generis*: scappatoia oltremodo comoda e a cui con disinvoltura si appiglia troppe volte la giurisprudenza nostra.

103. Ad ogni modo, ripeto, la dottrina più recente è discretamente d'accordo nel riconoscere che non è nell'esservi o no la rappresentanza che va ritrovato il criterio tipico distintivo del contratto di lavoro dal mandato ²⁾).

Escluso il criterio della rappresentanza, non è detto che per conseguenza la dottrina riconosca l'assoluta identità obbiettiva, cioè quanto alla natura della prestazione di fare, del mandato e del contratto di lavoro: ciò che condurrebbe diritto diritto a un'alternativa: o escludere qualunque criterio differenziale: o ammettere che lo sia la gratuità o no, come io persisto a ritenere. Invece i più escludono queste due alternative, e perciò insistono nella differenza quanto all'oggetto.

In sostanza lo Sraffa, il Vivante, il La Lumia e il Barberis concordano quanto al contratto di lavoro, escludendone le prestazioni consistenti in atti giuridici ³⁾. Per lo Sraffa « nella locazione di opere si ha un incarico di compiere atti materiali » ⁴⁾; per il Vivante ⁵⁾ il locatore di opere mette a servizio altrui l'abilità materiale e intellettuale, eseguisce deliberazioni già prese da altri; insomma non dà che

¹⁾ 3 sett. 1897, *Giur. tor.*, 1897, 1245.

²⁾ Quando vi sia rappresentanza il rapporto scendente dal mandato potrà essere assoggettato a norme particolari (cfr. infatti KOHLER, *System*, II, p. 117): ma ciò non significa che il mandato in tal caso sia distinto, tipicamente, dal mandato (gratuito) avente per oggetto prestazioni materiali.

³⁾ Anche il BODEUX, *Études du contrat de travail*, Louvain, 1896, opina che nel mandato la prestazione « emporte un certain caractère juridique », p. 17.

⁴⁾ *Mandato comm.*, p. 19.

⁵⁾ *Trattato*, IV, p. 390. Il VIVANTE si associa al VENZI, op. e l. cit.

la propria funzione tecnica, professionale, meccanica. Il La Lumia e il Barberis suppergiù seggono per il contratto di lavoro lo stesso concetto ¹⁾).

Naturalmente perchè questo sia un termine di criterio veramente differenziale occorre che la stessa cosa non sia vera per il mandato. E infatti per tutti il mandato si riferisce ad atti giuridici. Per lo Sraffa nel mandato vi è la trattazione, nel senso più ampio, di affari: cioè non solo la stipulazione, ma anche la preparazione di essi. Quest'opinione è stata combattuta facilmente osservando che vi sono persone, indubbiamente vincolate da contratto di lavoro, cui pure è affidata la preparazione di negozi giuridici commerciali. Del resto che gli art. 1737 segg. concernano anche la preparazione dei negozi giuridici è certo. Infatti dall'art. 1753 si induce che la prestazione è compiuta anche se l'affare non è riuscito: quando si tratti di negozio giuridico, dunque, anche se non si è giunti alla stipulazione di esso. E ciò vuol dire che il mandato può avere per oggetto anche la sola attività preparatoria; niente, dunque, rappresentanza.

Si noti, poi, che una volta ciò ammesso, si deve ritenere logicamente che anche atti materiali non concernenti la preparazione di alcun negozio giuridico possono essere oggetto del mandato; perchè in che altro consiste l'attività preparatoria di un negozio giuridico, se non prevalentemente in una serie di atti puramente materiali? Così il Vivante ²⁾ cita gli interpreti, i commessi, i meccanici, i magazzinieri, la cui attività è, più o meno, preparatoria di negozi giuridici.

Ed ecco che vien meno così il carattere tipico del criterio differenziale come è stato proposto dallo Sraffa. Il Vivante, allora, ha opposto un suo concetto molto interessante, ma che non mi par decisivo: il mandatario dà la sua capacità di volere, di prendere una deliberazione; è alla sua avvedutezza nel deliberare che si rimette il mandante. Intendiamoci: nessun dubbio sulla coerenza logica di questo concetto; deliberare non è rappresentare: si può essere organi deli-

¹⁾ LA LUMIA, in *Il dir. comm.*, 1911, I, p. 111 seg.; BARBERIS, *eod.*, 1913, I, p. 47. Una posizione intermedia dovrebbe rappresentare l'opinione di chi riconosce, con me, la possibilità di prestazioni giuridiche o materiali sia pel mandato come per il contratto di lavoro; ma limita poi il mandato al caso di prestazione prevalentemente giuridica: così il PIPIA, *Trattato di diritto comm.* (1913), I, p. 247). Ma ciò è tenere a bada contemporaneamente due diversi criteri, senza decidersi per nessuno dei due. Il LA LUMIA propone una tricotomia: mandato, rappresentanza e locazione di opere. Così anche il NAVARRINI, *Trattato elem.*, I, n. 127.

²⁾ Op. cit., p. 390-391. Alla corrente che tende oggi a prevalere tra noi (il mandato solo per gli atti giuridici) accedono pure il DEREUX, in *Revue trimestr.*, 1908, p. 54; il PLANIOL, *Traité élém.*, II, n. 2231 e il LAURENT, XXVII, 401 sg. Il BAUDRY-LACANTINIERE, *Trattato dei contr. aleat.*, ecc., n. 377, è per la rappresentanza.

beranti, e non rappresentanti. E di fronte a un art. 349 cod. comm. che dispone di « trattare affari commerciali » può essere anche opinione attendibile che il criterio differenziale stia appunto dell'esservi o no un'attività deliberativa, salvo sempre quanto poi vedremo circa la natura del rapporto tra mandato commerciale e il contratto di lavoro, di cui quello non è che una sottospecie.

Ma il Vivante non mi pare che si sia riferito al mandato civile. Tanto il Vivante, come lo Sraffa si propongono essenzialmente la distinzione tra contratto di lavoro e mandato commerciale. Ed è appunto entro questi limiti che ragiona sostanzialmente il Vivante; benchè non sia certo escluso che tanto lui come lo Sraffa siano dominati dal solito preconetto di una assoluta identità di tipo contrattuale del mandato civile col commerciale. Voglio dire, con questo, che la conclusione del Vivante non è accettabile per il mandato civile: la dimostrazione, se non erro, è implicitamente contenuta nella latitudine di portata dell'art. 1737. Mi si suggerisca come disciplinare, all'infuori del mandato (civile), il lavoro materiale promesso a titolo gratuito, e magari potrò, almeno in parte, ricredermi. Prima no ¹⁾.

104. Comunque mi par dimostrato che oggetto del mandato non è dunque esclusivamente un'attività giuridica. E d'altra parte le ampie linee del contratto di lavoro, quali risultano dall'art. 1570 (« fare... una cosa ») non includono necessariamente la limitazione all'attività puramente materiale. Aggiungo che la parola « affare » riferita al mandato non ne autorizza la limitazione ai rapporti per un obbiettivo determinato che non imprima carattere duraturo, come fu talora ²⁾

¹⁾ Certo non è donazione. Ad es. il § 516 Cod. civ. ted. esige per la donazione una attribuzione patrimoniale, e quindi la cosa è evidente (posto che il lavoro non è merce). Così infatti lo HELFWIG, *Die Stellung des Arztes*, ecc., p. 4. Questo, però, è vero anche per la donazione secondo l'art. 1050, che è spogliazione irrevocabile, cioè indica un sacrificio patrimoniale del donante: la promessa di lavoro non si riferisce a un sacrificio di cosa patrimoniale, ma di energie personali (di questa asserzione non posso dare qui la dimostrazione, che rimetto ad altro luogo). Invece il BARBERIS, se non l'ho male inteso, mi oppone (p. 27) che i lavori manuali sono riducibili a un certo valore pecuniario, quindi se vi è gratuità si potrebbe avere donazione. E perchè solo i lavori manuali? Con noi ASCOLI, *Donaz.*, p. 155 (solo diritti patrimoniali possono essere oggetto di donazione), RIEZLER, *D. Werkvertrag, n. dem b. G. buch*, p. 37; LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 128; HACHENBURG, *Dienstvertrag und Werkvertrag* (1898), p. 16 seg. Naturalmente, dopo ciò, è perfettamente oziosa la questione se vi sia o no donazione quando la prestazione di lavoro sia in realtà compiuta da un terzo, non dal debitore (manchi quindi il suo sacrificio personale).

²⁾ Cassaz. Torino, 18 dic. 1899, in *Giur. tor.*, 1900, 129 (si trattava di un commesso viaggiatore, quindi di *mandato commerciale*, posto che il commesso viaggiatore fosse munito di procura: ammesso dal BRUSCHETTINI, *ivi*, e dalla prevalente giurisprudenza); App. Roma, 11 dicembre 1889, nella *Raccolta di giurispr. probivir.*

ritenuto. Infatti si dà benissimo il mandato generale per la generalità degli affari di una persona (art. 1740), e allora il rapporto può avere carattere duraturo e anche di stabilità. D'altra parte si dà contratto di lavoro per scopi di attuazione immediata e rapida: la vita pratica suggerisce qui una quantità di esempi quotidiani.

Per tutto ciò confesso di non essermi ancora imbattuto in un argomento così decisivo e incalzante ¹⁾ che mi abbia persuaso della necessità di distinguere mandato e contratto di lavoro secondo l'indole della prestazione di lavoro. Di fronte alla crescente e grandiosa affermazione del contratto di lavoro, non bastano i pochi e stentati indici proposti per sottrarre a quel contratto l'attività puramente giuridica.

Dopo ciò — se proprio non si vuol eliminare ogni differenza tra mandato civile e contratto di lavoro — non resta che il criterio della gratuità o no. È il criterio che ha per sé i precedenti storici, ed è stato da me seguito altra volta; ripensandoci non ho ragione di doverlo abbandonare, benchè diverso, in parte, sia l'orientamento o meglio il punto di vista da cui ora mi colloco.

Dunque, in sostanza, la promessa contrattuale di lavoro a titolo gratuito è mandato; se a titolo oneroso è contratto di lavoro. Il che, in altre tre parole, è come dire che tra i due tipi contrattuali, data la natura puramente soggettiva dell'equivalenza, la caratteristica differenziale va cercata nel modo, nell'intenzione con cui il lavoro nell'uno o nell'altro contratto viene promesso ed eseguito. Può il promittente avere in mira un semplice scopo di speculazione; e cioè esigere un adeguato corrispettivo. Qui si ha un impulso egoistico, e allora vi è la locazione di opera o di opere. Può invece mancare, come motivo impellente o primario, la mira di speculazione, ma solo esservi l'intento di compiere un atto di amicizia, di ossequio, di beneficenza, o, insomma, di liberalità ²⁾; nel qual caso, se compenso vi è, non è però

del BUGNI, n. 641 (si trattava del direttore di un'azienda mercantile; benchè rappresentante, se ne fece un locatore d'opere per la stabilità del rapporto); app. Genova, 8 aprile 1899, in *Il diritto comm.*, 1899, 615.

¹⁾ E si aggiunga che in pratica non è sempre facile applicare il criterio differenziale che si è proposto; è una difficoltà che anche il DEREUX, op. e l. cit., ha dovuto riconoscere.

²⁾ Così pure il § 662 cod. civ. ted.: cfr. ENDEMANN, *Einführung*, I, § 177; SCHÖNY nell'*Arch. f. das bürgerl. R.*, XXXV (1910), p. 316; CROME, *System d. deutsch. bürgerl. Rechts*, II, 2, p. 622. Cfr. però KOHLER, *Lehrbuch*, II, p. 119. Il mandato però ha per oggetto gestione di affari (§ 662); cosicchè per l'oggetto non coincide che in parte col contratto di lavoro, cioè quando questi abbia per oggetto gestione retribuita di affari (§ 675). E il LOTMAR non par disposto a ritenere senz'altro che il lavoro promesso a titolo gratuito sia mandato; questo sarebbe proprio limitato alla gestione di affari (*Arbeitsvertrag*, I, p. 128). Del resto mi pare istruttivo il modo

questo il movente essenziale e primario o per lo meno esclusivo, cioè che manca il requisito della corrispettività ¹⁾.

Tutto ciò si intende anche più chiaramente nel quadro sintetico dei tipi contrattuali disciplinati nominativamente nel nostro codice.

Questi si possono riassumere e classificare nel modo seguente:

I. Contratti a titolo gratuito. Sono i tipi contrattuali in cui la gratuità è qualità tipica, cioè essenziale al contratto; mancando la gratuità si avrebbe un tipo contrattuale differente. Questi contratti si distinguono secondo la varia natura dell'elemento tipico in essi: cioè del beneficio procurato unilateralmente da una parte all'altra. Questo beneficio può consistere in:

a) una attività personale del debitore (mandatario) per una data utilità (affare) dell'altra parte (mandante): contratto di mandato (articolo 1737 e segg.);

b) nell'uso di una cosa determinata nella specie, concesso dal comodante (che ne rimane dunque proprietario) al comodatario: contratto di comodato (art. 1805 e segg.);

c) nella custodia di qualche cosa, assuntasi dal depositario nell'interesse del depositante a cui la cosa appartiene: contratto di deposito (art. 1835 e segg.);

d) qualunque altra forma di beneficio patrimoniale (trasmissione di un diritto patrimoniale, rinuncia al suo acquisto nell'interesse del donatario, liberazione da un onere) dà luogo alla *donazione* (art. 1050 e segg.).

II. Vi sono poi i contratti a titolo oneroso: i quali a loro volta si suddividono in contratti a titolo oneroso di scambio (compra-vendita, permuta e la locazione comprendente anche il contratto di lavoro) e

come il criterio della gratuità sorse nel codice tedesco: di cui i primi progetti non discorrevano affatto di quel criterio, partendo dal concetto che esso era opera di scienza e non di legge. Il LABAND nell'*Archiv für die civ. Praxis*, 75, p. 325, approvò questo silenzio, ritenendo che il mandato non avesse caratteristiche proprie che rendessero il necessaria una nuova categoria giuridica. Ma poi, all'ultimo, furono costretti a riconoscere la gratuità come l'unico modo di differenziazione: un ritorno al diritto romano che i commentatori francesi del Cod. civile germanico (BUNOIR, CAZELLE, ecc. Paris, 1908, II, p. 193) trovano originale e sorprendente, e che il RIEZLER, *D. Werkvertrag*, cit., p. 74, approva pienamente. Tutto ciò prova non già, come ritiene lo SRAFFA, che mandato e locazione d'opera equivalgono, ma la bontà del criterio differenziale qui accolto. Del resto i surricordati annotatori (BUNOIR, ecc.) aggiungono che fu opera saggia l'aver ricollocato il mandato nel suo quadro originario: « è la sola soluzione soddisfacente in legislazione ».

¹⁾ L'aver posto in non cale questa differenza fece dire al SINTENIS, che quando si sia promesso onorario o mercede e sia dubbio esservi mandato o locazione di opere la decisione è rimessa all'esame delle circostanze di fatto e che d'altronde non vi è gran differenza fra i due casi (II, § 113, nota 8, p. 565).

non fondati sullo scambio (gioco e scommessa; contratti a struttura associativa)¹⁾.

105. La conclusione a cui siamo arrivati non si può assolutamente intendere se si prescinde dai precedenti storici che spiegano l'atteggiamento legislativo²⁾. Il mandato in diritto romano era eminentemente gratuito, e in ciò appunto stava il criterio differenziale in confronto alla *locatio et conductio*: *in summa sciendum est, mandatam, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse* (§ 13, I. h. t.). Questo e non altro; la prestazione del mandatario, come già abbiám visto, poteva essere anche materiale: *et ideo si fulloni polienda curandare vestimenta dederis, aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa mandati competitis actio (eod.)*. Il mandato presupponeva sempre (specialmente nella sua origine) una relazione d'amicizia (*officium*) tra le parti³⁾; a questa si affidavano in modo speciale il mandante e il mandatario determinando l'importanza massima di un elemento fiduciario, della *fides*⁴⁾. Si aggiunga che le prestazioni richieste all'amicizia dovettero per lo più essere servigi prevalentemente intellettuali, o delicati; per lo più, non esclusivamente ad ogni modo⁵⁾. Certo la schiavitù, e anche l'ordinamento della famiglia permettevano che al vincolo liberamente contrattuale fossero riservati questi delicati servigi.

Da ciò la inestimabilità del servizio prestato: pretendere un compenso sarebbe stata una violazione dello spirito informatore del contratto. Quando poi il concetto di una compensabilità sorse, si volle mantenere intatta la natura eminentemente gratuita del mandato facendo della retribuzione puramente un donativo o un attestato onorifico⁶⁾, che potevano, nel diritto classico, farsi valere solo *extra ordinem* (colla *extraordinaria cognitio*). E così non vedendosi qui una *merces*, ma un *honoris*, un *honorarium*, un *salarium*, rimase nella concezione romanistica intatta la distinzione tra *mandatum* e *locatio et conductio*.

Questa concezione, che nella realtà sistematica conduceva a una vera identificazione del mandato colla *locatio* si perpetuò nella dottrina posteriore.. Essa si mantenne specialmente sulla base del preconcetto (sul quale già ci siamo soffermati) per cui il lavoro prevalentemente

¹⁾ Cfr. le mie *Istituzioni di dir. civ.* (1914).

²⁾ Cfr. in proposito BARBERIS, op. cit., p. 30 seg.

³⁾ Cfr. PERNICE, *Labeo*, I, p. 450. Cfr. § 1 h. t., 171. Sulla storia del mandato cfr. pure BARBERIS, in *Il diritto commerc.*, 1913, I, 30 seg.

⁴⁾ Sulla quale cfr. specialmente il PERNICE, op. cit., p. 441 seg.

⁵⁾ Per lo più, perchè in nome dell'amicizia poteva anche essere richiesta una simile prestazione. Cfr. però BONFANTE, *Istit. dir. rom.*, p. 435. Certo GIUSTINIANO ammette nel mandato anche l'opera del *fullo* citato nel testo.

⁶⁾ BONFANTE, op. cit., p. 437.

intellettuale, le cosiddette *operae liberales* non erano suscettibili di estimazione pecuniaria, per la nobiltà loro; quindi sfuggivano alla locazione d'opera o di opere; ed erano relegate nel mandato essenzialmente gratuito ¹⁾. Il che è come dire che l'onorario promesso non era considerato per conseguenza una mercede: questo concetto è stato specialmente sostenuto dai compilatori del codice Napoleone, come poi vedremo, e oggi dal Loewenfeld ²⁾, che non ritiene mercede quello che per lui sarebbe se non semplice onorario, un puro rendimento di grazie. Cosicchè non essendovi una controprestazione in funzione di scambio verrebbe meno l'onerosità e perdurerebbe coll'*honorarium* la gratuità del mandato. È un concetto diffuso ancor oggi in una parte (specie la meno recente) della dottrina italo-francese che limita il mandato alle *operae liberales*, e il contratto di lavoro alle illiberali ³⁾. Ora, tutto ciò è assurdo; l'onorario è vera e propria mercede. Ma intanto questo concetto penetrò attraverso i compilatori nei codici a tipo latino. Ne è prova l'espressione « mediante compenso » usata per il mandato, mentre per il contratto di lavoro (art. 1570) leggiamo « mediante la pattuita mercede » ⁴⁾. Ora, non è il caso, oggi, di sottilizzare troppo su questa differenza terminologica: tutti sappiamo quanto poco precisa sia la tecnica terminologia giuridica nei nostri codici. Ma, per chi sappia quanto fascino quella concezione che distingue tra onorario e donativo, ecc. e la mercede esercitò in passato (e anche oggi in una parte della dottrina!), non è a meravigliare che quella differenza abbia proprio un valore.

Questi precedenti storici dimostrano dunque che nello spirito della nostra legislazione sta il concetto fondamentale del mandato gratuito o, comunque, non retribuito così come si retribuisce il lavoro nel contratto di lavoro ⁵⁾. Certo, per ciò che concerne il compenso promesso

¹⁾ Il BONFANTE, appunto sulla base di questo carattere di *officium*, pare inclini a ritenere che nel diritto romano la prestazione di opere liberali non fosse contenuta in un vero contratto di mandato: la *extraordinaria cognitio* non si sarebbe limitata al compenso, ma alla sanzione stessa del rapporto (cfr. tit. Dig. 50, 13 *passim*). Così da conversazioni private.

²⁾ *Gutachten aus dem Anwaltstande*, 1886, p. 882 sg. Contro questo concetto cfr. già il DUVERGIER, contin. del TULLIER, XIX, n. 267.

³⁾ Quest'opinione fu espressa in modo incisivo, e tale da ricordare il romanzesco *officium* del PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, p. 138: nella locazione si hanno opere che si vendono (estimabili!), nel mandato un ufficio che si presta.

⁴⁾ Del resto « compenso » in realtà è sinonimo di mercede. Si veggia ad es. l'art. 21 legge sulla risicoltura, 16 giugno 1907.

⁵⁾ Nella Relazione al Tribunato il TARRIBLE, che lo SRAFFA ricorda (cit. p. 7), esce a dire: « in tal modo il progetto imprime al contratto di mandato il bel carattere del disinteresse e della generosità ». E in fondo è di questo avviso il PACIFICI-MAZZONI (*Locaz.*, n. 268), che però applica ciò anche al mandato retribuito, negando

al mandatario l'interprete deve risolutamente abbandonare la tradizionale concezione, che è lontana dalla realtà della vita. Come nel precedente paragrafo s'è visto, chi esercita professionalmente opere liberali, il lavoro dell'ingegno, lo fa per guadagnare colla mercede conseguita di che vivere; niente gratuità eminente del rapporto e perciò niente mandato, ma vero e proprio contratto di lavoro. Tuttavia nello sfondo l'idea fondamentale della gratuità, che è stata sempre l'idea madre circa i rapporti tra mandato e contratto di lavoro, rimane ¹⁾).

106. Al punto di vista che qui ho esposto non sono mancate e non possono mancare le obiezioni.

Comincio subito dallo sgombrare la via dalla difficoltà che sarebbe data dal carattere soggettivo del criterio qui accolto. Quest'obiezione mi è stata opposta dal Bozzo ²⁾ e dal La Lumia, i quali sostengono che non si può costruire con elementi soggettivi; più esattamente (La Lumia) che è criterio troppo soggettivo « per servirsene utilmente nella differenza di due negozi » ³⁾. Io non sono mai stato un tepido, ma sempre un entusiasta fautore dei metodi obbiettivi di costruzione, di sistemazione giuridica. Però questo (e già più volte ebbi a ripeterlo) non esclude la necessità in qualche caso di ricorrere a elementi soggettivi, discretivi tra due tipi contrattuali. Come può, infatti, il La Lumia distinguere un contratto a titolo oneroso da uno a titolo gratuito (p. es. il comodato dalla locazione di cose)? Dal fatto obbiettivo che vi sia o no una controprestazione in funzione di equivalenza? Ma l'errore sta appunto nel vedere qui un fatto oggettivo; l'equivalenza dello scambio (economicamente) come il concetto del contratto a titolo oneroso sono puramente ed esclusivamente soggettivi: ho io bisogno di ricordare il concetto di ofelimità, la teoria dei gusti, ecc.?⁴⁾

Ancora: il La Lumia mi osserva che il mio è un criterio puramente estrinseco, come in fondo gli altri diversi da quello da lui proposto.

nella « remunerazione » la funzione di equivalenza. E il PESCATORE, op. e l. cit., ritiene che nel mandato si sovviene a un bisogno del mandante, e che il compenso eventuale non altera ciò; invece nella locazione al bisogno di ambe le parti, cioè vi sarebbe uno scambio in cui « *utriusque utilitas versatur* » in modo egualmente principale. Tutto ciò è esatto: ma, si intende, pel mandato non retribuito! Qui sta l'equivoco.

¹⁾ Anche lo SRAFFA riassumendo i precedenti storici conclude nel senso che il mandato è parola « tradizionalmente ripugnante ad ogni concetto di prestazione di opera a scopo di lucro », op. cit., p. 7. Il nostro concetto è ammesso dal GUILLOUARD, *Louage*, II, p. 207 (e prima di tutti dal POTHIER, *Du louage*, n. 397), ed è stato recentemente confortato dall'autorità del SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, 1914, p. 415.

²⁾ In *Giur. it.*, 1905, IV, col. 301.

³⁾ Op. cit., p. 196.

⁴⁾ Cfr. OSTI, in *Rivista dir. civ.*, 1913, p. 490-491.

Ma io mi permetto di dubitarne fortemente. La gratuità o no non è sempre, lo ammetto anch'io, un elemento di differenziazione tipica. Così vi sono contratti che possono indifferentemente essere a titolo gratuito e oneroso, es. il mutuo e la rendita, senza che con ciò si alteri sostanzialmente il tipo contrattuale.

Ma, nel sistema della legge, non è così in altri casi, tra cui quello in cui la prestazione principale, a differenza da una pura attribuzione patrimoniale (come è nel mutuo o nella rendita) consista nel lavoro, in questa dedizione più o meno assorbente della persona dell'uomo. Tutta la storia sta a dimostrare l'importanza sostanziale che fu attribuita alla differenza tra lavoro gratuito e remunerato; da essa ci è venuta l'odierna distinzione tra mandato e contratto di lavoro. Il criterio distintivo nostro è qui tanto poco estrinseco quanto lo è, del resto, il medesimo criterio quanto all'uso di una cosa: se remunerato vi ha la locazione di cosa, se gratuito il comodato: a rigore di logica anche qui il La Lumia dovrebbe andare in cerca di un altro criterio differenziale. E infine la donazione e la vendita per lo più coincidono quanto alla prestazione fondamentale; unico criterio differenziale è in tal caso nella gratuità o no dell'attribuzione patrimoniale, eppure quanto questa differenza si imprime nella sostanziale struttura dei due istituti!

107. L'obiezione più forte ci può invece venire, come si capisce, dall'art. 1739. « Il mandato è gratuito se non vi è patto in contrario ». Da ciò la conseguenza irresistibile: che il mandato può non essere gratuito. Ma siccome il termine opposto a « gratuito » è quello di « oneroso » (cfr. art. 1101), così l'art. 1739 ammette che il mandato sia a titolo oneroso. E contro questa illazione non si può dir nulla. Non si può sostenere ¹⁾ che qui si accenni a un compenso che non sia in relazione di equivalenza colla prestazione del mandatario. Certo la possibilità di un compenso siffatto è indubbia. In tutti i tipi di contratto obbligatorio gratuito sopra ricordato si può dare che la parte a cui la prestazione è fatta si assuma un onere nell'interesse dell'altro contraente (un compenso, ad es.) o di un terzo, nel quale caso il contratto è bilaterale: non ho bisogno di ricordare le donazioni modali ²⁾. Ma perchè perduri la gratuità, sia pure limitatamente al margine rispetto a cui il vantaggio supera l'onere, occorre appunto che nell'apprezzamento soggettivo del debitore della prestazione principale (è sempre questione di apprezzamento soggettivo, l'equivalenza come la non equivalenza), il compenso, o la controprestazione a suo

¹⁾ Come appunto nella 1.^a edizione di questa monografia.

²⁾ Questa gratuità, limitata dall'onere a cui si sovraccarica il beneficiario, si verifica anche per la costituzione di rendita. Cfr. TARTUFGARI, in *Arch. giur.*, 42, p. 456-457.

favore non sia tale da avere determinato esso solo il debitore all'assunzione della prestazione principale. Il modo non « equivale » alla prestazione del donante; il compenso promesso al mandatario non equivale alla prestazione da lui assunta.

Ora, io non credo che l'art. 1739 alluda appunto a questa forma di compenso, che non pregiudicherebbe la gratuità del mandato ¹⁾. E ben vero che questa interpretazione parrebbe avere dalla sua il precedente storico dato dall'opinione dei compilatori del codice Napoleone in ispecie del Berlier (relatore al Consiglio di Stato), del Bertrand De Grenille (relatore al Corpo legislativo), e del Tarrible (relatore al Tribunato), che concordemente negano in questa remunerazione l'equivalenza ²⁾, e vi vedono un « office de l'amitié », un'indennità, un segno di gratitudine mercè il quale « l'affection est encore la cause première et déterminante du bon office... ». Ma, a parte l'illusione arcaica e sentimentale (sulla quale già ci siamo intrattenuti nell'ultimo paragrafo) di un onorario o di una remunerazione che non è mercede equivalente, è certo che l'art. 1986 Cod. Nap. (uguale al nostro articolo 1739), fu redatto in modo da smentire categoricamente l'idea di un parziale compenso salvaguardante un parziale altruismo. Ripeto: l'idea madre che è nello sfondo di quel sentimentalismo arcaico è vera e istruttiva anche oggi: la gratuità tipica del mandato. Non però del mandato compensato di cui all'art. 1739: qui sta l'errore del Pacifici Mazzoni, che, come s'è visto, distingue la remunerazione dal compenso.

Veramente un ostacolo può sembrare a tutta prima l'articolo 1753, capov., di cui infatti mi son fatto forte altra volta. Infatti se si trattasse di mercede equivalente, se vi fosse speculazione le parti procederebbero l'una di fronte all'altra, col rigido contegno di persone che fanno ognuna l'interesse proprio. Il compenso quindi non sarebbe dovuto che allorché il mandatario, anche senza avere ottenuto lo scopo prefissosi, abbia superate quelle difficoltà soggettive che costituiscono quella che comunemente chiamasi impropriamente impossibilità soggettiva. Invece l'art. 1753 ci insegna che ciò non è perchè il mandante intese solo promettere una remunerazione per le benevoli prestazioni altrui; quindi l'obbligo di adempiere la promessa è affatto

¹⁾ Quindi non è esatto quanto afferma l'App. Venezia, 25 marzo 1898, *Mon. Trib.*, 1898, secondo la quale malgrado l'art. 1737 non escluda il compenso, pure questo articolo applica i principj del diritto comune « poichè il compenso da esso permesso non deve essere in relazione al prezzo delle opere e servizi da impiegarsi, poichè in tale ipotesi sfuggirebbe la figura del contratto di beneficenza, per sostituirvisi quello bilaterale della locazione d'opere ».

²⁾ In Locré, XV, p. 234, 245, 255.

indipendente dalle difficoltà personali, per le quali non si intende che il mandatario si sia assunta una garanzia purchessia.

Tuttavia non è assurdo supporre che l'art. 1753 presupponga che il risultato voluto (al raggiungimento del quale è subordinata la mercede) sia non tanto che l'affare riesca, quanto che si dia opera a che riesca ¹⁾. In tal caso i principi del contratto di lavoro sarebbero salvi.

Quindi il compenso in funzione di equivalenza sta al mandato come la mercede al contratto di lavoro: questo e quello sono contratti a titolo oneroso. Che poi il compenso promesso al mandatario differisca dalla mercede quanto alla divisibilità di questa e indivisibilità di quello può anche essere. Fu infatti ammesso (nè qui voglio discutere l'esattezza di ciò) che se il contratto vien risolto anzi tempo, ma legalmente, della mercede è dovuta una parte proporzionale al lavoro compiuto, non così del compenso. La ragione sarebbe che il compenso si può domandare solo integralmente dopo fatto quanto stava nel mandatario per compier l'affare. Ma anche ciò ammesso questa non sarebbe ad ogni modo una conseguenza della diversa natura delle due retribuzioni; tanto nel salario che nel compenso in funzione di equivalenza è insito il concetto della speculazione, quindi della perfetta correlatività e cioè della proporzionalità. Ma quando si ponga mente al principio stabilito dall'art. 1641, e si concepisca il mandato retribuito come vero contratto di lavoro non tecnicamente subordinato (locazione d'opera), quella differenza non avrebbe più alcun valore; anche in seno al contratto di lavoro, come è dimostrato da quell'articolo, la mercede non è sempre divisibile.

Che il mandato retribuito non sia infatti che una forma di locazione d'opera (non d'opere) pare a me sostenibile ²⁾, quindi applicabile eventualmente anche l'art. 1641: e lo prova del resto l'articolo 366 cod. comm., che a quell'articolo è ispirato, e che conferma l'identità strutturale del mandato retribuito e del contratto di lavoro.

Con ciò è anche chiaro che il lavoro tende ad uno scopo anche nel mandato: ciò che è stato, a torto, negato dall'Endemann ³⁾ di cui del resto rimetto la confutazione al Bernhöft. Secondo il quale ⁴⁾ il lato caratteristico differenziale starebbe in ciò, che il mandatario offre al mandante i suoi servizi per uno scopo determinato, mentre la locazione di opere non sarebbe che prestazione di servizi limitati per un certo tempo fissato, senza alcun riguardo allo scopo. Ora ciò influirebbe

¹⁾ Cfr. sopra, p. 183-184. Ciò appare tanto più verosimile trattandosi di lavoro intellettuale.

²⁾ Anche per il VALENTI, *Principi di scienze econom.*, p. 245, nota nel mandato retribuito vi ha il fenomeno dello scambio (onerosità).

³⁾ Negli *Jahrbücher für die Nationalökonomie*, ecc., 1896, pag. 800, 801.

⁴⁾ *Kauf, Mielthe und verwandte Verträge* (1889), p. 61.

(egli dice) sulla struttura diversa dei due contratti: poichè la persona del mandatario non resta completamente assorbita dal mandante, non rimane a lui assoggettata come è invece per la locazione di opere, in cui l'attività del lavoratore è guidata e indirizzata unicamente dal conduttore. Infatti in caso di dissidio tra la volontà del mandante e quella del mandatario — così prosegue il Bernhoft — talvolta può spuntarla la volontà del mandatario. Un'opinione affine è stata pure sostenuta recentemente dal Rossel pel codice civ. svizzero ¹⁾; e in Francia, dove alcuni distinguono il mandato retribuito dal contratto di lavoro, perchè nel primo vi sarebbe una certa autonomia pel mandatario, e invece nella locazione di opere subordinazione al creditore del lavoro ²⁾.

Ora, quanto qui si afferma pel mandato retribuito è perfettamente esatto: ma non è una ragione per separarlo dal contratto di lavoro.

Infatti anche qui, come pel deposito, va osservato che caso mai il mandato da questo punto di vista retribuito rientrerebbe nella locazione d'opera, non in quella di opere. Di questo avviso è in sostanza anche lo Hellwig ³⁾: « qualunque formazione di un risultato di lavoro se è remunerata è locazione d'opera, se gratuita è mandato ». Dunque il mandato retribuito rientra pur sempre nel contratto di lavoro, in quell'ampio senso in cui noi l'intendiamo. E con ciò si risponde anche all'opinione del Bernhoft: nella quale è pure da rilevare l'inesattezza di caratterizzare la locazione di opere col criterio di un termine fisso di tempo e di ritenere inconcepibile la determinazione di uno scopo in questo contratto ⁴⁾.

Dunque mandato gratuito e mandato a titolo oneroso. E a questo punto mi sento rinfacciare: o allora il criterio differenziale che dovrebbe consistere nella gratuità o no dove se ne va?

Questo criterio resta perfettamente fermo. Ma coll'avvertenza, che bisogna distinguere appunto mandato gratuito (nel quale rientra, come vedemmo, il caso di un compenso non in funzione di equivalenza), e mandato oneroso. Siamo qui in presenza di due tipi contrattuali differenti: l'uno, cioè il primo, è il mandato civile, che quindi è con-

¹⁾ *Manuel de droit civil suisse*, Lausanne, 1912, III, p. 435. Conforme pure un messaggio del Consiglio federale 3 marzo 1905.

²⁾ DEREUX, op. cit., p. 12. Lo stesso concetto è stato ammesso per ciò che riguarda il viaggiatore di commercio (App. Genova, 8 aprile 1899, *Il dir. comm.*, 1899, 615). Sarebbe locatore d'opera se dipendente, mandatario se autonomo. Contro questo criterio della subordinazione come carattere differenziale BRUSCHETTINI, in *Giurispr. di Torino*, 1900, col. 132.

³⁾ *Verträge auf Leistung an Dritte* (1899), p. 517, nota 42.

⁴⁾ Favorevole a una certa autonomia del gestore d'affari è anche il CROME, *System.*, cit., p. 612: l'operaio perciò non si può dire che gerisca gli affari dell'industriale.

tratto essenzialmente gratuito. L'altro è nulla più di una applicazione, di una specie del tipo generale « contratto di lavoro »: appunto perchè vi ha prestazione di lavoro contro prestazione di mercede, in perfetta relazione di equivalenza; cioè appunto lo scambio che caratterizza quel tipo contrattuale (art. 1570) ¹).

Ma si dirà, e il rispetto alla legge? Questa discorre nello stesso titolo dell'uno e dell'altro caso; ne discorre promiscuamente, li chiama col medesimo nome.

Verissimo: ma, basta non essere seguaci del tipo di esegesi letterale e superficiale uso Laurent, si possono anche superare queste obiezioni. Intendiamoci: il massimo rispetto all'autorità della legge! Però non un rispetto cieco, sibbene solo alla parte veramente normativa. Ma quando la legge dicesse: badate che il mandato resta tale, cioè perdura il tipo contrattuale « mandato » se anche non è gratuito, qui la sua non sarebbe più attività normativa, ma ricostruttiva puramente ²). La parte normativa (si può però obbiettarci) ³) sussiste limitatamente all'implicita sussunzione del mandato oneroso nella disciplina del mandato gratuito. Infatti, è vero che quella classificazione dogmatica del mandato compensato nel mandato civile e opera ricostruttiva; ma è anche vero che ciò affermando la legge lascia intendere che dunque la disciplina sarà identica. Ora, è indiscutibile che l'art. 1739 contiene anche una parte normativa, quanto alla disciplina del mandato compensato: ma è però altrettanto certo che la disciplina del mandato compensato non è in tutto quella del mandato gratuito, come poi vedremo. E non lo è perchè vi sono norme incompatibili colla prestazione di un'attività a titolo oneroso; ed è qui che si pa-

¹) È di quest'avviso in realtà anche il VITA LEVI (*Appalti*, II, n. 69); il quale osserva che il prezzo o mercede negli appalti deve essere possibilmente proporzionato al valore dell'*opus*, inteso non quale è effettivamente, ma quale si calcola possa essere nell'epoca della stipulazione del contratto: che se fosse troppo esiguo, non serio, il contratto degenererebbe in mandato. Secondo il Codice del Chili il mandato salariato è equiparato pienamente al contratto di lavoro (RAOUL DE LA GRASSERIE, *Cod. du Chili*, p. 96).

²) È appunto per ciò che i compilatori del cod. civ. germanico preferirono dapprima astenersi dal pronunciarsi in proposito alla distinzione tra i due contratti (*Motivi del primo progetto*, II, pag. 525-526). Ma d'altra parte è anche vero che il legislatore deve poter dire quando la norma si applica, tanto più se due istituti corrono il rischio di confondersi. Questa sì che è attività normativa. Altro è invece l'accenno ricostruttivo, sistematico: ed è opera sistematica, non normativa l'alludere (come fa il nostro codice) al mandato remunerato come se fosse un caso di mandato civile (tipo contrattuale mandato). È qui che il compilatore può avere errato non intendendo la portata del suo criterio differenziale.

³) Il LONGO, in *Rivista di dir. civ.*, 1914, 507, ritiene appunto che « non si troveranno molti che saranno disposti ad accettare » la mia affermazione « che l'art. 1739 sia meramente costruttivo, e non normativo ».

lesa quella differenza strutturale tra le due forme di mandato che erompe dal sistema della legge, e che il legislatore, con quella classificazione, non ha appieno riconosciuto.

So benissimo che questo è il punto sensibile nella dimostrazione della mia tesi. Mi si è rimproverato di poggiarla esclusivamente sulla sistematica ¹⁾; può sembrare che io superi con troppa disinvoltura le parole della legge. Io però sono fermamente convinto che quando dal complesso delle norme, e cioè dal sistema, l'interprete induca che in realtà quello che il compilatore della legge (non dico il legislatore) ritenne mandato rientra invece in un altro tipo contrattuale da lui stesso delineato e disciplinato, l'interprete non deve farsi un riguardo e trattenersi dall'affermare come verità quello che i compilatori della legge (spesso cattivi dogmatici!) non avevano saputo intravedere. La legge nel suo risultato oggettivo, nel suo sistema, si impone ai compilatori stessi; e si può dire colla felice espressione del Polacco, proprio a questo proposito ²⁾, che trionfano fatalmente, inconsciamente i « sani principî circa la essenza dei negozi giuridici, dei quali può ben ripetersi, come della natura..... *expellas furea, tamen usque recurret* ». Vuol dire che, in ossequio alla parte normativa che è implicita in quella assegnazione ricostruttiva, si dovranno applicare al mandato retribuito, anche che non appartenga al tipo « mandato civile », tutte quelle norme del mandato civile che ad esso sono applicabili. E in realtà la grandissima parte di esse vi è riferibile.

Torno a dire: è certo che i compilatori del nostro codice non ebbero chiara la visione di questa sostanziale duplicità di tipo contrattuale che si veniva obbiettivamente a creare in seno al contratto. La formula infatti è ambigua: il mandato può essere gratuito (art. 1737, 1739), mentre più decisa e limpida è la visione della realtà quanto al comodato e al deposito. Pel comodato è detto (art. 1806) che « è essenzialmente gratuito ». Infatti l'uso retributivo di una cosa cade fatalmente nel tipo « locazione ». Ma nei precedenti storici del comodato non vi fu mai dubbio in proposito, mentre tutta la materia del mandato è stata singolarmente tormentata e sconvolta dal tema obbligato delle opere liberali, che il legislatore non ebbe il coraggio di assegnare, se retribuite, risolutamente al contratto di lavoro. Non ne ebbero il coraggio i compilatori; ma, si noti, la legge, obbiettivamente interpretata, è più forte ed esatta del loro pensiero.

108. Viene poi il deposito e questo argomento ci interessa direttamente perchè ricade nel tema di cui ci occupiamo. Il contratto di deposito per l'art. 1837 « è un contratto essenzialmente gratuito ».

¹⁾ LONGO, in *Riv. cit.*, p. 568.

²⁾ *Le obbligazioni nel dir. civ. ital.*, (1.^a ediz.), p. 274.

Storicamente il deposito ebbe origine dalla *fiducia cum amico*. Le origini del mandato e del deposito dunque si rassomigliano, e ne spiegano la tipica gratuità. Viceversa nell'art. 1844 al n. 2.^o è ipotizzato il caso in cui il depositario « ha stipulato una remunerazione per la custodia del deposito ». O dunque il deposito non è più essenzialmente gratuito? A evitare la contraddizione non vi è che distinguere i due casi di deposito gratuito e remunerato. L'art. 1837 è troppo categorico per ritenere che il tipo contrattuale « deposito » possa non essere gratuito. Perciò va ritenuto che il cosiddetto deposito remunerato non è che un'applicazione particolare, una sottospecie insomma di un tipo contrattuale differente: il contratto di lavoro ¹⁾. Lo si vuole chiamare deposito retribuito? E sia pure: può essere il nome della sottospecie, così come vi sono altre sottospecie del contratto di lavoro: il contratto di trasporto, di impiego, ecc. Sarebbe una classificazione di varie sottospecie fatta in base alla natura della prestazione di lavoro; e in fatto nella custodia cui è tenuto il depositario, va riconosciuta una vera e propria forma di attività di lavoro.

Del resto, che il deposito remunerato così come il mandato compensato costituiscano un tipo a sè, cioè manifestazioni del « contratto di lavoro », risulta anche dal fatto che per ambedue la legge detta un rinerudimento di responsabilità pel debitore della prestazione principale: pel mandatario gratuito infatti la responsabilità (diligenza del buon padre di famiglia, art. 1224) va applicata meno rigorosamente che nel caso contrario (art. 1746 capov.); pel depositario si muta il tipo di diligenza: in astratto, non più in concreto. Su questo proposito non vi ha dubbio: si potrà dubitare se per gli altri tre casi di cui all'art. 1844 il rinerudimento di responsabilità cui il principio di questo articolo allude sia proprio questa trasformazione di tipo di responsabilità ²⁾, o si debba operare sempre sulla base della responsabilità in concreto, come sostiene il Polacco ³⁾. Ma ad ogni modo non vi ha dubbio che quella trasformazione debba riconoscersi per il deposito remunerato: questo è per tal modo sottoposto alla medesima disciplina che il contratto di lavoro, pel quale il limite di responsabilità del debitore è dato dalla diligenza astratta di cui all'ar-

¹⁾ Questo è pure l'avviso della meno recente dottrina francese e (tra noi) del POLACCO, *Le obbligazioni del diritto civ. ital.*, p. 250 e 274; e *Appunti sulle locazioni*, in *Rivista ital. per le scienze giurid.*, IV, pag. 416. Cfr. pure CHIRONI, *Colpa contrat.* (II ediz.), pag. 210. Contro cfr. invece COPPA ZUCCARI, in *Consul. commerc.*, 1898, 193, che però non produce ragioni sostanziali. Del resto ciò è confermato dall'esposizione del POTHIER, *Dépôt*, n. 1331, che considera la remunerazione di cui poi al nostro articolo 1884 come vera mercede, dando al contratto carattere di locazione d'opera. Così ULPiano, fr. § 8, h. t., 16,3.

²⁾ Come insegna il SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia*, p. 40.

³⁾ *Obbligazioni*, p. 258 sg.

ticolo 1224 ¹⁾. È questo un argomento che ha pure il suo valore, una volta dimostrata come vera l'opinione del Polacco.

Ad ogni modo una volta ammesso, come noi abbiamo già ricordato ²⁾, e fa pure il La Lumia, che la custodia sia una forma di attività positiva, posto che sia retribuita non vi è una ragione per sottrarre questo deposito al dominio del contratto di lavoro. Data la ampiezza di questo dominio e le linee fisionomiche di questo tipo contrattuale, bisogna proprio produrre l'esistenza di un elemento davvero antitetico, incompatibile col contratto di lavoro per escluderne il deposito retribuito. Tale non è certo quello sottilmente escogitato dal La Lumia ³⁾, il quale distingue un contratto dall'altro perciò che nella locazione di opere è presa in considerazione l'energia di lavoro in se che non sarebbe se non attività esterna, sottoposta alla vigilanza del conduttore; nel deposito retribuito invece l'attività positiva di custodia non è che mezzo a fine, è un fatto interno, essendo promesso solo un risultato. Come si vede suppergiù è lo stesso concetto che da taluni si segue, come s'è visto, pel mandato retribuito. E sia pure quanto al deposito, ma ciò vuol dire che sarà lavoro autonomo qual'è quello della locazione d'opera, in cui l'attività per raggiungere il risultato promesso è cosa interna del lavoratore, a suo rischio: siamo sempre in territorio di contratto di lavoro ⁴⁾. Il che come vedemmo, si può pure obiettare quanto al mandato retribuito.

Dunque il deposito retribuito, quando, s'intende, il compenso sia in relazione di equivalenza o di scambio colla custodia, è vero contratto di lavoro. In questo senso anche il Lotmar ⁵⁾. Perciò i depositi a custodia amministrati non sono già, come asserisce il La Lumia ⁶⁾, un deposito retribuito e insieme una locazione d'opera con conferi-

¹⁾ Anch'io, col POLACCO, op. cit., p. 273, non dò molta rilevanza al fatto che il sequestratario giudiziario sia responsabile per la mancanza di diligenza del buon padre di famiglia (art. 1876). È vero che il sequestratario è soggetto alle obbligazioni di un debitore retribuito del lavoro: ma è anche vero, aggiungo io, che il sequestratario giudiziario nominato dall'autorità giudiziaria (art. 1877) è tenuto alla medesima diligenza, eppure non vi è contratto di deposito remunerato, cioè di lavoro! La ragione della diligenza in astratto quindi è diversa: non sta in ciò che qui vi è contratto di lavoro; è il richiamo della regola generale determinato dall'esser venuti meno i riguardi dovuti all'intento solo o prevalentemente altruistico.

²⁾ Cfr. sopra, p. 24 sg.

³⁾ Nella *Riv. di dir. comm.*, 1912, II, 917, 918. Cfr. pure ARCANGELI, eod., 1905, pagina 1273.

⁴⁾ Ad ogni modo non si può ammettere, come fa il LOTMAR, op. e l. cit., che il deposito retribuito sia da classificare nè nella locazione di opere, nè in quella di lavoro autonomo, perchè questa distinzione (che in gran parte è stata, a torto, disconosciuta dal LOTMAR) abbraccia tutto quanto il campo del lavoro contrattualmente retribuito.

⁵⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 285 sg.

⁶⁾ *I depositi bancari*, 1913, pag. 84 sg.

mento di poteri rappresentativi, ma puramente e semplicemente un contratto di lavoro (locazione d'opera), in cui la prestazione è complessa: deposito, amministrazione, ecc. In generale rimarrebbe vero deposito (cioè gratuito) il contratto in base al quale il compenso non sia in relazione di equivalenza, ma il depositario si sia determinato anche da impulso d'amicizia o anche del proprio interesse, e cioè insomma non vi sia lo scambio di attività contro mercede. Perché questo è tutto; il deposito vero, come tipo contrattuale a sè (deposito gratuito), vi ha anche se l'interesse è solo del depositario (articolo 1844, n. 3)¹⁾: basta che questo interesse non si riveli sotto forma di retribuzione.

Se dunque si ammette che l'avere il legislatore discorso promiscuamente del deposito gratuito od oneroso non toglie nulla al fatto che sostanzialmente sono due tipi contrattuali differenti²⁾, ragion vuole che non si faccia il viso dell'arme quando si sostenga la stessa cosa pel mandato civile gratuito e oneroso. Certo da un punto di vista rigidamente sistematico la legge avrebbe potuto essere meglio fatta; del mandato compensato e del deposito remunerato avrebbe dovuto discorrere a proposito del contratto di lavoro e da questo punto di vista sono fondate le censure del Polacco³⁾. Ma d'altra parte il legislatore, ripeto, non è che ben raramente un buon sistematico; e spesso si limita a emanare gli imperativi in quella collocazione che gli è suggerita da criteri differenti; in una legge che vuol essere pratica-

¹⁾ BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, 1914, p. 157. Così GUILLOUARD, *Traité du prêt, du dépôt*, ecc., p. 287 sg.; MIRABELLI, *Contratti speciali*, p. 246-247. Il POLACCO, *Obblig.*, p. 259 in nota, trova ingiustificato questo concetto del GUILLOUARD. Eppure a me par conforme al sistema della legge che se la mercede non è in funzione di equivalenza rimanga il tipo « deposito ». Naturalmente ciò accadrà sempre quando la mercede è bassa, ma resta sempre inteso che non è tanto decisiva una sua proporzione oggettiva colla prestazione della custodia, quanto l'apprezzamento soggettivo del depositario; l'equivalenza o no è questione soggettiva, come sopra accennammo per il mandato. Infine ricordo il GIANTURCO, *Contratti speciali* (Napoli, 1904), p. 271: che ispirandosi a un'opinione ormai superata del TROPLONG pel mandato ritiene gratuito il deposito quando la remunerazione non sia pattuita che posteriormente al contratto di deposito. E però questa un'opinione che, se ben la si considera, risente largamente l'influenza della teoria tradizionale della fondamentale gratuità del deposito così come del mandato.

²⁾ Contro LA LUMIA, cit., p. 917. Con noi anche il CROME, *Systém*, cit., n. 612, nota 3. Una volta ammessa l'estimabilità delle opere liberali il mandato retribuito deve fatalmente fondersi col contratto di lavoro. È da notare che lo stesso CROME ammette nel suo *Manuale di dir. cir. francese*, II, p. 672 (trad. BARASSI) che oggetto del mandato sia una *res facti* o una *res juris* indifferentemente. E quindi costretto pur lui a ricorrere al criterio della gratuità, ma si è limitato ad accogliere la teoria tradizionale per cui l'onorario promesso al mandatario non è un equivalente (p. 674), come è per i medici, avvocati, ecc.

³⁾ Op. cit., p. 274.

mente efficace, è bene talora che sia alieno il severo criterio sistematico. Tocca all'interprete, poi, applicare quest'ultimo.

109. La distinzione tra mandato gratuito e oneroso è in sostanza quello che intercede tra mandato civile e commerciale; a quest'ultimo certo si riferiscono gli art. 121, 185, 205 cod. comm., nei quali casi è quindi applicabile l'art. 366 ¹⁾. Il mandato commerciale è di regola oneroso, benchè possa essere anche gratuito se così è voluto dalle parti: la onerosità non è dunque sua qualità tipica (« non si presume gratuito », dice l'art. 349 cod. comm.: più esattamente « si presume oneroso »). Ma quando sia retribuito indubbiamente non è che sottospecie del contratto di lavoro ²⁾; una sottospecie con propria fisionomia (gestione di affari giuridici commerciali) ³⁾, ma pur sempre rientrante nel contratto di lavoro. Che i compilatori del codice di commercio siano partiti dal concetto di una unicità di tipo contrattuale pel mandato commerciale e pel civile non escludo, anzi è molto verosimile, non foss'altro pel modo, non esatto ⁴⁾, con cui la onerosità è formulata: non si presume gratuita; qui è chiaro il riferimento al mandato civile. Ma a questa obbiezione che il La Lumia ⁵⁾ mi oppone la risposta è contenuta in quanto sopra ho esposto a proposito della distinzione tra mandato civile (gratuito) e mandato retribuito (contratto di lavoro). L'unicità di tipo resulterebbe (si asserisce) anche dalla particolar disciplina dell'istituto. Veramente il La Lumia non può negare che sussistano differenze ispirate appunto alla necessità di adattare il mandato al mondo degli affari commerciali. Ma, ad ogni modo, basta la onerosità (quando vi è) per differenziare il tipo contrattuale da quello del mandato civile; è in nome di questa onero-

¹⁾ App. Roma, 6 maggio 1913, *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 988.

²⁾ In questo senso molto esplicitamente Cass. Firenze, 17 giugno 1909, *Legge*, 1910, 26, la quale deriva da ciò la necessità di una grande cautela nell'estendere le regole del mandato civile (gratuito) al commerciale (che sarebbe vera locazione d'opera). Ciò è esattissimo: non sono senz'altro estensibili quelle che presuppongono la gratuità. Da quanto è esposto nel testo risulta dunque che se un commissionario è pure incaricato di affari civili, che, sia pure connessi all'affare commerciale, non si prestino (art. 4 C. comm.) ad essere pure disciplinati dal codice di commercio, non abbiamo già due contratti (mandato commerciale e mandato civile), ma un medesimo contratto (contratto di lavoro), di cui il complesso rapporto è in parte regolato dal codice comm., in parte dal diritto civile. Cfr. invece CIVETTA, cit., n. 20.

³⁾ E con una migliore tutela del lavoratore in confronto al tipo generale « contratto di lavoro »: cfr. art. 362 cod. comm. In pratica si tende perciò a contrapporre il mandato commerciale al contratto di lavoro (locazione d'opera), sostenendo che si tratti di quello, non di questa. Ma questa antitesi è erronea, mentre è verissimo che il mandato commerciale, come sottospecie del contratto di lavoro, può avere in parte una propria disciplina giuridica.

⁴⁾ SRAFFA, op. cit., p. 11, n. 2.

⁵⁾ Op. cit., p. 106.

sita, ad es., che la cessazione del mandato commerciale è disciplinata da un art. 366 che contiene norme proprie del contratto di lavoro e incompatibili col « mandato civile » (gratuito) ¹⁾.

110. A questo punto si chiederà se la distinzione così concepita tra mandato civile (gratuito) e mandato retribuito (civile o commerciale: contratto di lavoro) risponda a un bisogno pratico. Ecco: intanto si deve riconoscere subito che tutto il titolo del « mandato » non è in realtà che il frutto di un famoso errore, di un'erronea visione della realtà, di un pregiudizio che si perpetuò dal diritto romano ad oggi. Si credeva sul serio che le opere liberali fossero inestimabili, quindi gratuite necessariamente. E siccome l'attuazione di queste opere è molto diffusa, e si ritenevano degne di speciale considerazione giuridica, così furono ampiamente disciplinate, come contratto essenzialmente gratuito: il lavoro manuale era in ben differenti condizioni, benchè ancor più diffuso, e non fu disciplinato; le regole interne delle corporazioni d'arti e mestieri bastavano all'uopo. Ed ecco come a un errore fu dovuto il titolo del mandato, evidentemente ipertrofico di fronte al titolo anemico sulla locazione di lavoro.

Dopo ciò è chiaro che, sottratto al mandato una massima parte dei casi di applicazione (perchè le opere liberali compensate rientrano nel contratto di lavoro) ben poca importanza sia rimasta ormai al mandato, come tipo di contratto autonomo. Tuttavia non è detto con ciò che abbia perduto qualunque importanza.

Anzitutto vi sono i servizi prestati per impulso altruistico o prevalentemente altruistico, ad es. dal coninge o dal parente, dall'amico; un'attività assunta per incarico altrui. Se noi ammettiamo che l'agire degli uomini non ha per esclusivo movente l'impulso edonistico preso in considerazione per quel perfetto tipo di egoista che è l'*homo oeconomicus* (egoismo tuttavia necessario!) si troverà opportuna la disciplina legislativa di questo rapporto. Negare l'importanza dei moventi non egoistici nella fenomenologia sociale e quindi nel mondo giuridico è dunque assurdo ²⁾.

¹⁾ È erroneo perciò il principio proclamato, sull'esempio del mandato civile, per cui anche pel mandato commerciale la regola sia la revocabilità anzi tempo senza risarcimento dei danni. App. Firenze, 6 novembre 1909, *Temi*, 1910, 70. Ricordo qui ad es. che talora la giurisprudenza ha escluso il mandato commerciale per vedere una locazione d'opera, coll'effetto di non applicare l'art. 366, cioè attribuendo non il risarcimento di danni, ma lo stipendio per il tempo di preavviso (es. Cass. Torino, 18 dicembre 1899, in *Giur. it.*, 1900, 129). Ma su questo argomento si ridiscorrerà a suo luogo più ampiamente.

²⁾ La teoria nostra è stata da questo punto di vista negata. Si è creduto che qualunque attività di lavoro debba necessariamente pretendere una retribuzione. Il BRUGI (*Istit.*, III ediz., p. 170) si chiede meravigliato come mai si possa dire « tuttora rispondente alla nostra coscienza giuridica che la gratuità distingua il

È però verissima la delicatezza speciale di questi impulsi altruistici, che può spesso ripugnare alla costrizione, alla camicia di forza del vincolo giuridico; questo si deve ammettere, senza peraltro cadere nelle esagerazioni di Aubry e Rau, per i quali, come abbiamo visto, le professioni liberali non possono sottostare alla coazione di obbligazioni giuridiche ¹⁾.

Quando taluno si assume una data prestazione di lavoro, a ciò determinato da rapporti di amicizia, lo Schreiber ²⁾ nega che vi sia un vero contratto, un rapporto giuridico purchessia. In tal caso si avrebbe uno stato di cose di mero fatto che non ha giuridicamente rilevanza alcuna, non un contratto di lavoro nel senso amplissimo in cui l'intende lo Schreiber. Così quando io permetto a un amico di prender posto nella mia carrozza che io stesso guido, quando un amico invitato a una serata tra amici è pregato dal padrone di casa di eseguire un pezzo di musica, ecc., in tutti cotesti casi non c'è contratto di lavoro. Ora, questo può essere benissimo; ma è, ripeto, pericoloso erigere a regola assoluta la mancanza di un vincolo giuridico. Può darsi in fatto ch'io non abbia menomamente in animo di creare un rapporto giuridico coll'amico cui permetto di salire sulla mia vettura. Anzi, molto spesso i servigi dovuti alla cortese condiscendenza non si intenderanno costretti dalla coazione di un vincolo giuridico ³⁾: ciò è del resto conforme al sistema del nostro codice in materia di possesso e di servitù (art. 688, 629). Ma anche in tal caso è bene spesso un'illusione ritenere che vi sia l'assenza di qualunque rapporto giuridico: vi sarà un minimo di coazione traducentesi nella precarietà del rapporto: ma fino a che chi si è assunto l'onere non rinunci, un vincolo giuridico si può ammettere, se le circostanze sono tali da ritenere che nella persona a cui il servizio è prestato siano sorte delle aspettative tutelabili. Per non ammettere ciò, occorre la prova di circostanze così gravi e influenti, da non lasciar luogo al menomo dubbio; in caso diverso il giudice deve ritenere che un rap-

mandato dalla locazione d'opera ». Cfr. pure BONFANTE in *Monit. Tribun.*, 1901. L'ENDEMANN, op. cit., p. 704, combatte il criterio della gratuità poichè « secondo l'odierna essenza del lavoro libero, e le opinioni dominanti sulla normale sua retribuibilità, appare inconcepibile che s'abbia a insistere sulla teoria romanistica del mandato ». Ma questa è l'esagerazione dell'egoismo! È un disconoscere un fatto quotidiano (cfr. ad es. App. di Milano, 23 aprile 1911, *Mon. Trib.*, 1911, 792) come è quello di un'attività a base altruistica! Certo occorrerà una prova chiara di questa base, perchè, si capisce, non escludo che di regola il lavoro sia remunerato, e che la generosità sia un'eccezione (non capisco quindi come il Bozzo possa rimproverarmi di credere che l'uomo sia animato unicamente da intento altruistico; op. cit., col. 301). Ma da questo al negare addirittura l'altruismo corre un bel tratto!

¹⁾ *Cours de droit civ. franç.*, IV, p. 512 nota.

²⁾ *Der Arbeitsvertrag nach österr. Zivilr.*, p. 5.

³⁾ Cfr. POLACCO, *Obbligazioni* (II ediz.), p. 200.

porto giuridico esista, sia pure tenue, soggetto facilmente a essere rotto per volontà di chi si assume l'onere.

L'esattezza di questa conclusione si può facilmente saggiare al lume delle conseguenze cui conduce. Si supponga che io mi rivolga alla cortesia di un mio amico perchè mi abbia a ricondurre un mio cavallo al venditore che me l'aveva dato affetto da vizi occulti. È certo che in tal caso, se si prova che unico movente che indusse il mio amico ad accettare l'incarico fu quello di farmi un favore, manca il diritto in lui a una remunerazione. Ma si supponga che per sua incuria il cavallo precipiti in un burrone o comunque si deteriori. Che in tal caso la responsabilità dell'amico sussista mi pare assolutamente in armonia col buon senso comune. Ma allora sorgerà la quistione: è responsabilità contrattuale od aquiliana? E io credo che sia contrattuale; perchè vi è un vero e proprio mandato, mentre colla teoria dello Schreiber bisognerebbe concludere in senso opposto ed ammettere, al più, l'assurdo di una responsabilità aquiliana. Dunque bisogna distinguere: a) contratto di lavoro, b) mandato, c) uno stato di mero fatto senza rilevanza giuridica, come è nel caso in cui io, invitato da un amico, diverto la società con giuochi di prestigio. Invece lo Schreiber ammette solo i due casi estremi. Con maggior fondamento (non diciamo per altro « con ragione ») avrebbe lo Schreiber difeso la sua tesi accampando la natura non economica della prestazione in qualche caso. Ad ogni modo questa ragione non si attaglia ad altri casi.

Generalizzare dunque l'esclusione dell'impulso altruistico, e di questo impulso in veste giuridica sarebbe lo stesso errore di chi limita il contratto allo scambio, cioè all'impulso egoistico ¹⁾. Sono situazioni che per la natura delle circostanze, per i rapporti già preesistenti tra le parti, per la natura dell'obbietto, per gli usi stessi locali s'intende che eliminano *a priori* ogni mira di proprio vantaggio. per parte di chi accetta l'incarico di fare qualche cosa: o meglio eliminano l'aspettativa di un vantaggio personale sotto forma di retribuzione.

E con ciò passo a un secondo ordine di considerazioni. Infatti non si può escludere che la gratuità possa talora nascondere l'assenza di qualsiasi impulso altruistico. Possono essere anzitutto mire segrete di proprio tornaconto, che non penetrano nell'ossatura del contratto, che resta solo formalmente e apparentemente a struttura altruistica. È certo che nella struttura dei singoli tipi contrattuali si ha una certa rigidità che difficilmente può essere evitata, nonostante quella

¹⁾ BARASSI, in *Rivista dir. civ.*, 1913, p. 192. Di un caso si è dovuto occupare il tribunale di Rouen, 6 febbraio 1912, *Contr. lav.*, 1912, p. 133, quello di religiose che si consacrano alla cura e alla guardia dei malati senza alcun compenso in denaro.

magnifica valvola di sicurezza che è l'art. 1124. Quindi il contratto è a titolo gratuito quand'anche l'impulso non fosse altruistico che in apparenza Così ad es. il mandatario fu determinato dalla speranza di un compenso, anche in forma di liberalità (se non vero e proprio dono remunerativo), in casi in cui le circostanze eran tali da far presumere la gratuità. Oppure può essere che l'ordinario impulso di generosità sia venuto meno, e la prestazione sia tuttavia adempiuta perchè il debitore per sue ragioni speciali vi ritrova il suo tornaconto ¹⁾. E viceversa vi può essere una successiva intrusione di impulsi altruistici nell'adempimento di una prestazione originariamente stipulata per una corrispettiva mercede: è il domestico che cura per affetto il suo padrone: non sarà frequente, ma è possibile. Ora: con ciò non è detto che il contratto di lavoro si trasformi in mandato ²⁾.

Ma specialmente non sono infrequenti, nel mondo del lavoro, casi in cui la retribuzione proviene a chi dà il suo lavoro indipendentemente dalla persona a cui si obbliga di dare il lavoro. Così è il caso del cameriere, del lavorante parrucchiere, ecc., casi in cui per contratto la prestazione è destinata a terzi, che, indipendentemente da un loro accordo col principale, remunerano per conto loro e direttamente il servizio, mediante le mance. È un caso che poi ci preoccuperà ³⁾.

¹⁾ Vi è anche il caso di lavoro dovuto gratuitamente e che poi il debitore si rifiuta di dare senza compenso, che ottenga. Normalmente vi è sostituzione del contratto di lavoro al mandato. Ma se il lavoro era dovuto per legge? È il caso del § 1617 Cod. civ. germ., pel quale il figlio, se è compatibile col grado sociale, ed è allevato e nutrito dai genitori, è obbligato a dare il suo lavoro in modo corrispondente alle sue forze e al suo tenor di vita coll'azienda domestica o negli affari dei genitori. Se poi pretendesse e ottenesse un compenso, il LOTMAR, op. cit., I, p. 257, pensa che non vi sia contratto di lavoro, perchè il compenso qui sarebbe promesso non già pel lavoro, ma per l'adempimento di un'obbligazione giuridica.

²⁾ Bozzo, op. cit., col. 302. Può sorgere la questione se una siffatta trasformazione si dia quando l'impiegato è sospeso dallo stipendio, ed è quindi costretto a una prestazione gratuita di lavoro (cfr. sopra, n. 50). Io non lo credo: è possibile, in via anormale, che il rischio del lavoro gravi su chi lo presta (e questo sarebbe il caso nostro), così come può darsi il contrario se la mercede è dovuta malgrado la prestazione in realtà non sia adempiuta.

³⁾ Per qualche caso si è equivocato. La Cassazione francese a proposito del rapporto di un dottore in legge praticante presso un avvocato, ha l'aria di farne un rapporto gratuito (25 marzo 1912, *Contr. lav.*, 1911, 132), mentre le modiche ricompense ricevute si spiegano col carattere di tirocinio (a titolo oneroso) proprio di questo contratto. — Così ancora fu giudicato che l'aiuto dato spontaneamente dall'operaio per l'allestimento del negozio prima della sua apertura, per la quale l'operaio fu assunto con stipendio mensile, non gli accorda il diritto a un compenso speciale, se non fu convenuto e richiesto subito. Lavoro gratuito? Evidentemente qui manca l'impulso di liberalità; ma forse manca anche il mandato, se si può ritenere che il compenso sia compreso in quello pattuito. Anzi, si può forse anche ritenere che il compenso consista nell'assunzione in servizio regolare colla apertura del negozio. Cfr. Tribun. industr. di Vienna, 13 genn. 1909, *Contr. di lav.*, 1911, 43.

111. In tutti questi casi, adunque, vi sia o no impulso altruistico, non abbiamo contratto di lavoro, ma mandato. E va osservato, a questo proposito, che l'esclusione della retribuzione può essere esplicita, ma può anche risultare implicitamente dalle circostanze, quando le circostanze che accompagnano l'assunzione dell'obbligo della prestazione di lavoro siano tali da escludere la retribuzione, o, più esattamente, una retribuzione a carico di chi riceve il lavoro ¹⁾. Quando il cameriere assume il lavoro, gli usi locali possono escludere senz'altro il pagamento di una retribuzione qualunque a carico del proprietario dell'azienda. E lo stesso se vi fu impulso altruistico. Quei casi sono tali infatti che occorre proprio che di compenso in relazione di equivalenza, o anche non in questa relazione sia fatta parola tra le parti perchè un compenso sia dovuto. Laddove si riscontra l'amicizia, la cortesia, la pietà, ecc., essere la molla principale dell'obbligazione assunta dal debitore, è un controsenso ripugnante l'ammettere nel dubbio l'idea di un compenso qualsiasi (anche che non sia esatta retribuzione). L'obbligo di una remunerazione deve perciò risultare in modo categorico ²⁾. Ma allora non abbiamo più mandato, ma contratto di lavoro. Questo e nient'altro dice l'art. 1739, al qual proposito è curioso ricordare in quale non piccolo imbarazzo si sono trovati gli scrittori che hanno relegato nel mandato (tipo contrattuale « mandato civile ») l'esercizio delle opere liberali retribuite (professioni liberali). L'imbarazzo è evidente nel Laurent ³⁾, che insegna come il mandato conferito a un mandatario che esercita una professione a scopo di

¹⁾ È quello che ha giudicato la Corte di Milano, sent. cit. Da ciò si vede che il principio secondo il quale il lavoro si presume sempre non gratuito è lungi dall'esser vero in modo assoluto. Viceversa non sempre laddove sussista nello sfondo l'opportunità morale di un impulso altruistico si deve ammettere rinuncia alla retribuzione. Il trovatello deve certo riconoscenza alla persona cui fu affidato; ma il tribunale di Sarzana ha giudicato che esso intenda ciò non ostante essere retribuito a parte dell'opera propria con un supplemento in denaro, se la retribuzione oltrepassi il valore del vitto, alloggio, ecc., forniti dall'altra parte: 16 dic. 1909, *Mon. Trib.*, 1910, 397.

²⁾ Su questo punto di una eventuale remunerazione del mandato la giurisprudenza è oscillante. L'art. 1739 dimostrerebbe la necessità di un non ambiguo patto contrario alla gratuità. Invece la Cassazione di Torino (24 febr. 1893, *Giur. ital.*, 1893, 428) ritenne che si possa anche presumere tale volontà di dar compensi da circostanze influentissime; e fa l'esempio di un fratello povero che per dieci anni abbia gerito l'amministrazione di un fratello ricco, dietro suo mandato, senza mai pretendere compensi. Però questo significa che le circostanze non eran tali da far presumere senz'altro la gratuità. E infatti è da vedere se malgrado il vincolo effettivo della parentela, la disparità di fortuna era tale da escludere da principio l'impulso altruistico. In tal caso vi sarebbe vero contratto di lavoro, e non semplice mandato. Cfr. ABELLO, *Locaz. di opere*, II, p. 153.

³⁾ XXVII, n. 189.

luero deve ritenersi tacitamente stipulato con corrispettivo¹⁾. Ora, è chiaro che un professionista che viva del suo lavoro non si trova in uno dei casi sopra ricordati; cosicchè a voler farne un caso (anzi il caso tipico) di mandato, bisognava allora chiudere un occhio e anche tutti e due sulla presunzione di gratuità. Ed ecco come si è giunti a insegnare che il compenso di cui all'art. 1739 può risultare anche tacitamente, vale a dire si può presumere. Per un Laurent, avvezzo all'estremo ossequio della lettera della legge, non c'è male!

Vi sono dunque circostanze, ripeto, in base alle quali il lavoro si può e si deve presumere prestato gratuitamente. La giurisprudenza ha dovuto occuparsi talora di casi di questo genere. Ad es. la pretura di Barbarano²⁾ ha deciso che la donna che ha convissuto con un uomo, unita col vincolo religioso, non può domandare compenso pecuniario per le opere e cure domestiche prestate durante tale convivenza. Questo caso ci può condurre dunque a una generalizzazione, in base alla quale quando intercedano tra chi dà e chi riceve il lavoro relazioni di parentela si abbia a presumere la gratuità? Una soluzione decisamente affermativa è pericolosa. Potrei, come sogliono fare tanti scrittori imbarazzati, cavarmela aggiungendo: è *quaestio facti*, il giudice vedrà caso per caso. Ma, più correttamente, debbo dichiarare che, se vi è dubbio, il giudice deve ammettere la mercede. Non si tratta dunque che di una presunzione di gratuità connessa a quelle circostanze che al giudice spetta di indagare e valutare³⁾.

112. Il mandato oneroso crea delle aspettative di tornaconto proprio nel mandatario; non così il vero mandato civile, che è gratuito. Di questa differenza si deve tener conto quanto alla facoltà di recesso riconosciuta al mandante dall'art. 1758. Che il mandante possa, quando vuole, porre fine al contratto con effetto immediato (sia direttamente, sia indirettamente colla nomina di un nuovo mandatario, art. 1760) è regola che si spiega benissimo pel mandato gratuito, non per l'oneroso⁴⁾. Il riguardo, per parte del recedente, all'interesse personale dell'altra parte è regola generale, imposta, non foss'altro, dall'art. 1124, che integra e completa sempre la disciplina legislativa dei singoli contratti; tant'è vero che vi è tenuto il mandatario recedente, essendo

¹⁾ Così anche ARNTZ, IV, n. 1436; BAUDRY LACANTINIERE, *Mandat*, n. 728; HUC, XII, n. 19.

²⁾ 15 giugno 1912, *Foro ven.*, 1912, 455, con nota del BRUGI.

³⁾ Il VITA LEVI, *Comunione*, I, p. 414, ammette che la gestione compiuta da un fratello condomino nell'interesse anche degli altri fratelli è gratuita: « *ratione sanguinis quis videtur servire gratis* ».

⁴⁾ Il LABAND, cit., p. 325, ritiene che unico possibile criterio differenziale tra mandato e contratto di lavoro sia la illimitata revocabilità e rinunciabilità del primo (non però intempestivamente). È un concetto che deriva dalle vecchie tradizioni del mandato gratuito.

il mandante vero e principale interessato nell'affare (art. 1761). Il non essersi seguita questa regola pel recesso del mandante prova intanto che il mandato non presuppone alcun interesse primario pel mandatario che sia come tale penetrato nell'ossatura del contratto; e che questa mancanza è il presupposto indispensabile alla letterale applicazione dell'art. 1758.

Perciò il mandato retribuito (che è il contratto di lavoro) sarà soggetto alle regole tutte del contratto di lavoro, quanto al recesso. Una conferma di ciò ce la dà, come ho già rilevato, l'art. 366, che concerne un vero caso di contratto di lavoro, e che è ispirato al riguardo reciproco tra le parti, appunto perchè ognuna delle parti attua il tornaconto proprio ¹⁾. Ma questo ci conduce a un argomento di carattere generale, quanto ai rapporti tra mandato retribuito e contratto di lavoro. A tal proposito è da vedere se il primo, che non è se non una sottospecie del secondo, abbia una ragion d'essere come sottospecie a sè. *A priori* la risposta dovrebbe essere affermativa, dal momento che il codice ne discorre a parte, e dà a questa forma di contratto di lavoro un nome suo proprio. Dovrebbe essere perciò del mandato retribuito quello che del deposito remunerato, che è sottospecie del contratto di lavoro con propria fisionomia per la natura della prestazione di lavoro (la custodia di cosa determinata), e quello pure che del mandato commerciale, che è contratto di lavoro ma con propria fisionomia, perchè ha per oggetto la trattazione di affari commerciali altrui. E notiamo che l'importanza pratica non è piccola: contratti di lavoro, sta bene; ma prima di tutto si applicano le norme speciali alle singole sottospecie (pel deposito remunerato le regole del deposito in quanto non presupponenti per eccellenza la gratuità.) E solo in mancanza, o nel dubbio si applicheranno le regole proprie del contratto di lavoro. Un esempio l'abbiamo visto or ora per il mandato retribuito, quanto all'art. 1758. Ma tutto ciò presuppone che sia ben chiara la fisionomia peculiare della sottospecie.

È vero ciò anche pel mandato retribuito? Fin qui noi abbiamo sostenuto energicamente l'impossibilità di distinguere il tipo contrattuale « mandato » (quindi gratuito) dal tipo « contratto di lavoro » in base alla natura oggettiva della prestazione: anche un servizio

¹⁾ Ed è perfettamente nel vero la giurisprudenza che in materia di recesso, quanto al mandato commerciale, argomenta dalla locazione d'opera: cfr. in *Rivista di dir. comm.*, 1913, II, 366 in nota. Tutto ciò ci addita l'importanza pratica di distinguere tra mandato vero e mandato retribuito: benchè la difficoltà di distinguere tra mandato retribuito e contratto di lavoro almeno quanto alla natura della prestazione (così come invece si può distinguere il deposito retribuito dal contratto di lavoro) faccia sì che in pratica quello che la legge chiama mandato retribuito sarà considerato sempre e senz'altro come contratto di lavoro, e perciò non si discorrerà mai dell'art. 1759.

umile; se fatto per impulso puramente altruistico, è oggetto di mandato. Pel mandato retribuito, invece, se si volesse conservare della vecchia ed erronea tradizione quello che in essa vi può essere di accettabile, si potrebbe anche ammettere il riferimento suo a prestazioni di lavoro di natura elevata (le opere liberali ¹⁾, per la più le funzioni di rappresentanza); purchè rimanesse ben chiaro che questo contratto non è se non un contratto di lavoro; cosicchè il contratto di lavoro che ha per oggetto lavoro prevalentemente intellettuale assumerebbe il nome di « mandato retribuito » per distinguerlo dal tipo contrattuale molto diverso del « mandato gratuito »; e non sarebbe lecito contrapporre questo mandato retribuito al « contratto di lavoro » come due tipi diversi di contratto ²⁾.

Con ciò, inlubbiamente, sarebbe ottenuto il vantaggio di differenziare anche questa sottospecie del contratto di lavoro in un modo che è certo conforme alla storia del mandato (a cui si intesero sempre limitare le opere liberali, perchè inestimabili, quindi gratuite) ³⁾, storia che si riverbera ad es. negli art. 121 sg. ⁴⁾. 185 e 205 cod. comm. Eliminata questa gratuità, del vecchio pregiudizio sopravviverebbero

¹⁾ Il ROESSEL, op. e l. cit., ritiene prevalente per le professioni liberali il mandato in ragione della situazione indipendente che esso garantisce loro, e per la possibilità di una rottura del contratto senza preavviso. Quanto alla prima ragione vi è del vero, il lavoro intellettuale essendo meno asservibile di quello manuale, non già però nel senso che sfugga alla possibilità di quel rapporto di subordinazione che è caratteristico della locazione: ma ripeto che il contratto di lavoro basterebbe da sè all'uopo. E anche quanto alla seconda vigono i principi del contratto di lavoro.

²⁾ Come oggi secondo coloro che fanno dell'avvocato, del medico, dell'ingegnere, dell'arbitro (per quest'ultimo cfr. per es. MONTARA, III, n. 50), dei mandatari, non dei conduttori d'opera (o locatori d'opere), affannandosi a tracciare la delimitazione. Si veggia ad es. la sentenza della Cass. Roma, 25 febbraio 1910, *Foro*, 1910, I, 345, la quale sostiene che i rapporti tra la Società alti forni e acciaierie, o i suoi impiegati sono di locazione d'opera, non già di mandato; perchè di quella vi sono gli estremi, cioè obbligo di prestar l'opera, obbligo di pagare un corrispettivo, il consenso sull'opera e sul prezzo. Ora, tutto ciò non è, caso mai, applicabile anche al mandato retribuito?

³⁾ Il MARCADÉ, *Explicat. théor. et prat.*, VI, p. 589, ritiene come strana la remunerazione delle opere liberali, che sono cose dello spirito e del cuore, così « altrettanto bizzarro di decorare il mio ciabattino col nome di mandatario, il giorno in cui mi accomodasse gratuitamente le scarpe ».

⁴⁾ È notevole come la scelta di questo vocabolo « mandatario » non sia casuale, nel Cod. comm., e lo prova l'insistenza con cui vi si ricorre per gli amministratori delle società anonime designati dall'assemblea (art. 121, 122, 124). È certo che qui ha influito anche la teoria, un tempo molto in auge, che limitava la rappresentanza al mandato, e infatti gli atti di quegli amministratori sono operazioni (art. 122). Tuttavia esse non sono esclusivamente operazioni: c'è tutta un'attività (vigilanza, ecc.) che non ha carattere giuridico, e che è deferita agli amministratori. Tutto ciò naturalmente presuppone che qui sussista rapporto di scambio, se vi è remunerazione, e non già di carattere associativo. La cosa è però discutibile.

oggi gli elementi costitutivi, ma distinti in modo da evitare l'assurdo collegamento che era l'anima di quel pregiudizio, e cioè:

a) rimarrebbe il concetto del mandato (civile) come tipo di contratto a sè, essenzialmente gratuito;

b) rimarrebbe l'assegnazione delle opere liberali al mandato: ma non più come tipo autonomo di mandato, ma come mandato retribuito, che in sostanza rientra pienamente nel tipo molto differente « contratto di lavoro ».

Questa parrebbe a tutta prima la migliore conciliazione del passato col presente. Veramente proprio nel titolo della locazione troviamo che la legge inserisce nel contratto di lavoro le opere dell'architetto (art. 1639, 1640, 1642) e dell'imprenditore di costruzioni (art. cit.), che sono opere liberali, e di alta levatura. Però questo provrebbe caso mai che il mandato retribuito rientra pur sempre nel contratto di lavoro e a preferenza nella locazione d'opera. Non mi pare quindi un ostacolo ad accogliere questo concetto.

Rimane poi l'ipotesi che le parti contraenti designino erroneamente « mandato » ciò che è contratto di lavoro; un'ipotesi molto comune in pratica, alimentata come è da una parte della dottrina, e da una vetusta tradizione. È certo che *plus est in re quam in existimatione mentis*, ma è altrettanto certo che la volontà privata deve essere attuata e rispettata finchè si può, ed è conciliabile col vero tipo contrattuale. Quindi in tal caso si potranno anche applicare talune norme del mandato (es. cessazione del contratto per morte del mandante).

Si intende che questa ha un po' il valore di una rabberciatura, perchè la verità è che gli accenni a un mandato retribuito sono un'in-felicissima concezione dei compilatori del codice Napoleone (abbandonata giustamente nel codice civile germanico), che credevano non dipartirsi con essi dal tipo « mandato civile » come contratto essenzialmente gratuito. Invece la realtà è stata più forte di loro; quegli accenni creano una figura che si stacca dal mandato, e precipita nel contratto di lavoro, senza, naturalmente, che sia ben chiarita la ragione di differenziazione come sottospecie.

Tuttavia si deve anche riconoscere che l'importanza pratica di questa sistemazione a sottospecie limitata al lavoro prevalentemente intellettuale in fondo non manca ¹⁾. Si capisce che si potrebbe ritenere

¹⁾ Benchè in realtà essa possa condurre a delle conclusioni parecchio imbarazzanti, e che imbarazzarono anche il POTHIER. Se la medesima attività è posta in essere da un medico, e da un infermiere, o da un domestico affezionato e intelligente, si dirà che, ciò nonostante, è mandatario il medico (mandato retribuito, si intende), e locatori di opere gli altri? Si aggiunga poi che certi operai sono impiegati a lavori finissimi, che richiedono un notevole grado di senso critico e di buon gusto personale. Ne faremo un mandato retribuito? Il vero è che questa

notevole solo se le fossero applicabili norme peculiari ad essa, comuni eventualmente al mandato civile (gratuito), e non al tipo più generale « contratto di lavoro », come è il caso, ad es., pel deposito retribuito, che è una sottospecie (così come il trasporto, il mandato commerciale, ecc.) disciplinata con proprie norme¹⁾. E io credo non difficile trovare nel titolo del mandato norme applicabili anche al mandato retributivo e non anche al contratto di lavoro. Certo non lo sono, ad es., quelle sulla rappresentanza, che sono vere qualunque sia la fonte del rapporto contrattuale interno tra rappresentato e rappresentante, da cui sono affatto indipendenti. Non la cessazione del mandato per morte del mandante; poichè anche nel contratto di lavoro quando sia in gioco la fiducia personale del creditore del lavoro la sua morte fa cessare il contratto, ciò che è la regola anche pel mandato retribuito, data la natura prevalentemente elevata delle mansioni del mandatario retribuito.

Non così invece quanto alla responsabilità solidale di più mandanti (art. 1756). È certo che essa ha radice nel fr. 59, § 3, *mand.*, XVII, I, e che pel tramite di Pothier²⁾, passò senz'altro nel codice nostro attraverso il codice napoleonico. Questa disposizione, insieme con quella per cui il mandante deve al mandatario gli interessi delle somme da questo anticipate dal giorno del provato pagamento delle medesime (art. 1755), e con quella dell'art. 1754 costituiscono un sistema di più energica tutela del mandatario che storicamente fu certamente dovuto alla considerazione in cui quel tipo di lavoratore non nel proprio egoistico ed economico interesse era tenuto, ma che, appunto perchè riferito anche a casi di lavoro sostanzialmente retribuito a base di scambio, malgrado la nota illusione in proposito, non possiamo oggi non riferire anche ai contratti di mandato retribuito. Ora, che queste provvidenze legislative siano estensibili anche alle altre specie di contratto di lavoro non riterrei ammissibile³⁾, e lo stesso deve dirsi per il diritto privilegiato di ritenzione accordato dall'articolo 362, codice comm. per tute'a del mandatario commerciale. Non la disposizione relativa agli interessi, che deroga al principio di

distinzione tra lavoro intellettuale e lavoro muscolare, che non è affatto moderna, non è sempre di facile attuazione, e spesso può condurre a soluzioni arbitrarie. Cfr. PERREAU et GROUSSIER, *Contrat de travail*, p. 80.

¹⁾ Anche il RIEZLER, *D. Werkvertrag*, cit., p. 71, avverte che se non fu avvertito il disagio della poca chiarezza nei contorni tra mandato e contratto di lavoro, la ragione si è che tutte le regole del mandato, salvo quelle che presuppongono la gratuità, sono in realtà applicabili anche alla locazione d'opera. Questa era l'opinione emessa la prima volta pel diritto comune da WÄCHTER, e che in Germania passò pressochè inosservata.

²⁾ POTHIER, *Mandat*, n. 82.

³⁾ Cfr. pure NATTINI, *La dottr. gener. della procura*, cit., p. 191.

L. BARASSI. — *Il contratto di lavoro, ecc.* — 2.^a ed. — 20.

cui all'art. 1231; non quella circa la solidarietà, che deroga al principio di cui all'art. 1188; non quella circa la ritenzione privilegiata, data la natura della ritenzione e del privilegio. Qualche dubbio può far nascere a tutta prima l'art. 1754; ma anche questo, che non si riferisce esclusivamente alla sottospecie « mandato retribuito », io crederei non estensibile, come responsabilità puramente oggettiva, a tutto il contratto di lavoro: se pure può essere esteso al contratto di lavoro subordinato (locazione di opere), vi ripugna evidentemente la struttura della locazione d'opera o di lavoro autonomo; e ciò a differenza di quanto si sostiene in Francia, dove se ne nega l'estensione alla locazione di opere ¹⁾.

In conclusione quella tradizione storica antichissima, di cui dobbiamo respingere l'illusione di opere liberali non locabili, ha ad ogni modo segnata un'impronta indelebile nella disciplina del lavoro quale è obiettivamente rimasta nel nostro codice. E l'interprete spassionato deve forse riconoscere che il lavoro prevalentemente intellettuale vi è meglio tutelato di quello prevalentemente muscolare, con provvidenze legislative che non sono estensibili a quest'ultimo. È un'incongruenza legislativa? Indubbiamente, ma si badi: a favore del lavoro muscolare vi ha l'intervento della legislazione sociale fuori del codice. Cosicché in parte almeno l'equilibrio si ristabilisce, al codice essendo affidata la tutela del lavoro prevalentemente intellettuale, meno mutevole; invece alle leggi sociali (più variabili) quella del lavoro prevalentemente manuale.

113. La conclusione è però sempre che dobbiamo tenere accuratamente distinto il lavoro retribuito da quello gratuito, che assume la veste di mandato civile. Si potrebbe forse comprendere anche questo caso sotto la rubrica amplissima del contratto di lavoro (non quale noi l'intendiamo), che per sè, inteso letteralmente, non include necessariamente il lavoro retribuito. E forse in questo senso si deve intendere quanto sostiene lo Schreiber, per cui la prestazione di lavoro gratuito fa sempre parte del « contratto di prestazione di servizi » (*Dienstleistungsvertrag*). A conclusione identica è pervenuto tra noi il Barberis, op. cit., che propone per l'avvenire un unico tipo contrattuale (« contratto di prestazione d'opera ») racchiudente il lavoro gratuito e retribuito ²⁾. Tutto sta nell'intenderei. Se noi per contratto di lavoro intendiamo il contratto che mira alla prestazione pura e semplice di date energie di lavoro, senza la necessità di una retri-

¹⁾ Contro questa tendenza cfr. DEREUX, op. cit. In genere il WECHTER, II, § 361, *Beil.*, e il DANKWARDT, *Nationaloekon. und Jurisprudenz*, IV, p. 66-67, estendono le regole del mandato al contratto di lavoro in quanto non sia in gioco la gratuità del contratto.

²⁾ Op. cit., p. 5.

buzione, lo Schreiber e il Barberis hanno ragione. Ma un siffatto istituto, come non è in armonia col nostro sistema legislativo, così non lo credo utile *de jure condendo*. Non che il nostro legislatore non ammetta anche il lavoro gratuito, s'intende: ma si ha allora per la tecnica e per la pratica della vita una figura giuridica tutt'affatto diversa che non può essere collocata in un'unica categoria colla prestazione di lavoro retribuito. Tra l'uno e l'altro corre tale un divario, da non poterli porre l'uno accanto all'altro pel solo fatto che è comune in ambedue un elemento fondamentale: prestazione di lavoro.

Anche l'Endemann ⁴⁾ ha espresso una opinione affine a quella dello Schreiber. Secondo l'illustre professore di Bonn oggi si è operata una rivoluzione nel concetto giuridico di « prestazione di lavoro »; l'Endemann sostiene l'unificazione scientifica e legislativa delle norme che riguardano la prestazione di lavoro, in modo da farvi rientrare il lavoro fatto per sè, e quello a disposizione di altri, il lavoro a tempo o a cottimo, e in ultimo il lavoro retribuito e gratuito. L'Endemann riconosce però essere impossibile trarre in un unico capitolo particolareggiatamente tutte le varie forme del « lavoro » economicamente inteso, ma ciò non impedirebbe la possibilità di astrarre il germe che in tutte si manifesta identico, e da ciò dedurre il filo conduttore che guidi il trattamento legislativo del « contratto di lavoro » in senso ampio: si avrebbe una parte generale comune. Ma io ho dei dubbi sulla pratica utilità di questa sintesi. Ritengo che da un punto di vista economico e giuridico dobbiamo tenere accuratamente separato il lavoro retribuito da quello gratuito, pur ammettendo che per l'identità della prestazione fondamentale alcune norme saranno comuni; per esse occorrerà quindi il rinvio al contratto di lavoro. I due contratti appartengono a due grandi gruppi distinti: i contratti a base almeno apparentemente altruistica e quelli fondati sullo scambio. Essi sono un riflesso di due diverse situazioni sociali in chi si assume il servizio: nell'uno questo è gratuito; nell'altro no. È solo in questo ultimo che il lavoro ci appare come fonte di reddito per chi lo pone in essere; nell'altro invece l'idea del lavoro come mezzo di sostentamento normalmente (si è visto che si danno casi anche del contrario) esula: se non si tratta di casi in cui la retribuzione si può ottenere indipendentemente dal creditore del lavoro, è solo in quanto non se ne ha bisogno che ci si può permettere il lusso di attività assunte per ragioni altruistiche.

Forse è per questa considerazione che la legislazione sociale tutela a preferenza il debitore del lavoro nel contratto di lavoro, appunto perchè l'essere costretto dal bisogno a dare le sue energie lo colloca in una condizione di inferiorità.

⁴⁾ Negli *Jahrbücher für die Nationalökonom.*, 1897, p. 706, 707.

L'art. 2 n. 1 t. u. sugli *Infortuni sul lavoro*, ritenendo operaio agli effetti della legge sugli infortuni « chiunque..... con remunerazione fissa o a cottimo è occupato nel lavoro..... », e limitando l'esclusione del salario solo all'apprendista, dimostra, almeno a prima vista, di considerare il lavoro gratuito come escluso dalla tutela della legge. Dato quanto abbiamo premesso sul valore pratico del lavoro gratuito, è evidente come i casi in cui il lavoro gratuito non è tuttavia dissociato da un intento di speculazione non rientrano nella ipotesi di cui all'art. 1. Del resto un salario effettivo è la base imprescindibile per il calcolo dell'indennità (art. 13 Regol.): tant'è vero che l'art. 9 t. u. è costretto per gli apprendisti (e solo per essi) a cercare un criterio di base nel salario più basso percepito dagli operai occupati nella medesima industria. Inoltre (art. 11 Regol.) anche i componenti la famiglia del capo o esercente debbono, se impiegati materialmente, essere assicurati, ma sempre se ricorrono le condizioni di cui all'articolo 2 t. u., cioè la mercede ecc. ¹⁾.

Per l'art. 2 del Regolamento per l'applicazione del testo unico della legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli (14 giugno 1909, n. 442) la tutela di questa legge è sottratta alle officine esercitate nell'interesse dei fanciulli (o delle donne), cioè per l'insegnamento professionale. L'art. 1 della corrispondente legge francese (2 novembre 1892) dice precisamente l'opposto, dal che molti argomentano, così ad es. il Frèrejouan du Saint ²⁾, che dunque la legge è applicabile anche al lavoro gratuito. Malgrado il diverso art. 2 Regol. ital. cit. credo anch'io che la legge italiana debba avere la più completa applicazione indipendentemente dal fatto che, per una eccezione praticamente rarissima, la mercede manchi. Veramente l'art. 2 cit. accenna a « operai salariati adibiti »: ma, di fronte alla generalità di espressione dell'art. 1 t. u., è da ritenersi che quell'art. 2 accenni all'ipotesi normale. E lo stesso direi per l'art. 1 della legge sul riposo settimanale (7 luglio 1907, n. 489): « persone..... comunque occupate nelle

¹⁾ Una volta ammesso che il mandato non rientra nel quadro delle leggi protettive del lavoro, o per la gratuità, o per l'elevatezza delle mansioni affidate al mandatario, qualche difficoltà hanno creato nella dottrina i casi in cui un lavoratore manuale abbia anche facoltà di rappresentanza, per coloro che relegano questa nel mandato, anche se retribuita. Ad es., pel cocchiere di vetture pubbliche incaricato di riscuotere i prezzi delle corse cfr. SACHET, *Traité théor. et prat. de la législat. sur les accidents*, ecc., I, n. 182, che ciò nonostante ammette l'applicazione della legge sull'assicurazione obbligatoria. Ma tanto più agevolmente sarebbe pervenuto a questa conclusione facendo rientrare con noi il mandato retribuito nel contratto di lavoro. Del resto osservo che in quel caso non era neppure il caso di risalire alla sottospecie « mandato retribuito ».

²⁾ *Code annoté de la législation ouvrière*, p. 78, n. 3.

aziende.... ». E lo stesso è per l'abolizione del lavoro notturno (cfr. art. 1 legge 22 marzo 1909, n. 105).

Non occorre ad ogni modo insistere sull'argomento, per la sua scarsa importanza pratica.

CAPO QUINTO.

COME È ATTUATA L'ONEROSITÀ NEL CONTRATTO DI LAVORO.

§ 1. — *Onerosità e bilateralità.*

SOMMARIO. — 114. Se i due concetti di onerosità e di bilateralità coincidano. — 115. Piano della trattazione.

114. Abbiamo sin qui chiarito la portata dell'onerosità come scambio, in relazione ai casi in cui non vi è scambio, o perchè vi è onerosità a struttura associativa, o perchè vi è gratuità.

Vediamo ora come l'onerosità a base di scambio sia giuridicamente attuata; entro quale rete giuridica di sicurezza sia tutelato lo scambio di lavoro contro mercede.

Da questo punto di vista l'onerosità dei contratti (che d'ora innanzi intenderemo sempre come onerosità a base di scambio) fu variamente concepita: dei contratti, dico. Perchè pel nostro codice non può neppure sorgere il dubbio se l'onerosità sia limitata ai contratti; a prescindere dalla menzione esplicita di essa (art. 1101) a proposito dei contratti, basterà ricordare che il doppio sacrificio richiesto dalla onerosità presuppone il concetto di due volontà, la cui unione costituisce appunto il contratto ¹⁾. L'opinione comune ha fino a pochi anni fa sempre concepito l'onerosità come sinallagmaticità o bilateralità. A parte l'opinione di coloro che chiamano « bilateralità » quello che noi intendiamo onerosità a base di scambio si è dai più pensato che l'equivalente sacrificio a cui ognuno dei contribuenti si sobbarca debba rientrare in un'obbligazione, cioè l'altra parte possa pretendere dal contraente l'osservanza della promessa. Che insomma contrapposizione di oneri equivalenti (ognuno dei quali costituisca per l'altra parte un equivalente vantaggio) debba essere necessariamente contrapposizione di promesse obbligatorie. Il contratto oneroso dovrebbe dunque cadere sempre sotto l'applicazione dell'art. 1099, pel quale « il contratto è bilaterale quando i contraenti si obbligano reciproca-

¹⁾ Di contrario avviso è l'OERTMANN, che meglio d'ogni altro, benchè le sue conclusioni non convincano interamente, ha associato questo fenomeno dall'onerosità a una esauriente indagine. OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, München, 1912.

mente gli uni verso gli altri ». S'intende che i due concetti di bilateralità e onerosità non coincidono se non in parte, poichè i più tra coloro che seguono più o meno meditatamente la comune corrente pensano che si possa dare bilateralità e non onerosità (ad es. la donazione modale, su cui ritorneremo appresso). Ma viceversa non si potrebbe dare onerosità senza bilateralità. Per qualche contratto poi, come la compra-vendita (art. 1447), la definizione stessa risente largamente di questa teoria, che, del resto, trova il suo appoggio in quanto suole avvenire: per lo più infatti i contratti a titolo oneroso sono anche bilaterali.

La più recente dottrina italiana però ha allargato il concetto dell'onerosità, estendendolo all'unilateralità: così il mutuo a interesse sarebbe a titolo oneroso, sebbene unilaterale ⁴⁾. Cosicchè possiamo ritenere nella nostra dottrina ormai superata quella prima e vecchia teoria che ancora domina altrove (ad es. in Germania), e contro cui vi scese in lizza l'Oertmann. Ma altri (non in Italia) vanno ancora più in là, e credono attuabile l'onerosità in forme diverse da quella che è implicita nel mutuo con interesse. Qui infatti la mancanza dell'obbligazione, cioè dell'azionabilità per imporre a ognuno dei contraenti il sacrificio equivalente, è largamente compensata dal vantaggio evidente che l'onere è già stato attuato: quella che non era se non un'attuazione futura, soggetta a tutte le incertezze di ciò che è futuro, è invece, qui, un elemento attuale, costitutivo per la formazione del contratto. Che io sappia la dottrina civilistica italiana non è andata più in là.

È però evidente che, una volta eliminata la necessità del sinallagma, come i giuristi romani l'hanno concepito, non vi è ragione per non allargare i confini dell'attuazione di questa onerosità. *E può domandarsi: l'onerosità potrà essere attuata con ciò che una delle prestazioni non sia in obbligazione, ma sia elemento costitutivo del contratto? E ciò in qualunque caso, oltre che in quello tipico del mutuo a interesse? e per qualunque prestazione? E facendo un passo ancora innanzi: l'onerosità si potrà attuare con ciò che una qualunque delle prestazioni anzichè in obbligazione o elemento costitutivo sia in condizione? E più in là ancora: o con ciò che sia in presupposizione? E finalmente: basterà la semplice equivalenza economica, oppure occorrerà proprio tra i due termini un nesso giuridico qualunque che le colleghi, come conseguenza della unicità della fonte, cioè della contrattualità?*

⁴⁾ SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato ital.*, 1914, p. 269. Che onerosità o bilateralità o sinallagmaticità non coincidano è stato esattamente ammesso anche da un economista, il VALENTI, *Principi di scienza economica*, p. 245, nota.

115. Si può dire che ad ognuno di questi argomenti corrisponde un nucleo di casi per cui può essere discussa l'appartenenza al territorio del contratto di lavoro. Noi, tuttavia, ci limiteremo ai punti più salienti, all'esame di quei casi che hanno già richiamato l'attenzione degli studiosi, e, più ancora, dei pratici: che cioè hanno una pratica importanza per il contratto di lavoro.

E cominceremo dall'ultimo: dalla contrattualità delle due prestazioni del lavoro e della mercede, per risalire agli altri punti interrogativi. Cosicché nei paragrafi seguenti cercheremo di illustrare adunque:

a) che i due termini equivalenti lavoro e mercede debbono rianodarsi a un contratto; b) che la bilateralità non è essenziale, ma che una delle prestazioni, e cioè quella di lavoro, deve sempre essere preceduta da un'obbligazione. Quindi è compatibile col contratto di lavoro che la mercede non sia in obbligazione. L'« obbligo di fare » è dunque elemento tipico del contratto di lavoro.

§ 2. — *Casi di prestazione di lavoro e di equivalente mercede non presupponenti il contratto.*

SOMMARIO. — 116. L'importanza del contratto. Se sussista quando al lavoratore non è dato disentere le condizioni del contratto. — 117. La coazione rispetto all'attività di lavoro e al pagamento della mercede. — 118. Onerosità attuata mediante due negozi autonomi. — 119. Il quasi contratto di lavoro. — 120. Se il quasi contratto di lavoro autorizzi la pretesa di compenso. — 121. L'onerosità in tal caso del quasi-contratto di lavoro.

116. A noi non interessa provare la contrattualità: la contrattualità non è che una semplice premessa, perchè è solo del contratto di lavoro che ci occupiamo. L'importanza di gran lunga preminente del contratto, come fonte da cui scaturisce lo scambio di lavoro o mercede, erompe dal nostro codice, è viva nella tradizione del nostro pensiero giuridico, risponda all'esperienza di ogni giorno; e non può essere scossa, la contrattualità, dall'ipercriticismo troppo nebulosamente sociologico e assai poco giuridico di chi nega il contratto laddove la preponderanza economica di una delle parti — del creditore del lavoro — impone al lavoratore le condizioni del contratto.

L'intervento adesivo della volontà di chi dà il proprio lavoro è un presupposto fundamentalissimo che emana dalla stessa tutela dell'autonomia individuale: potrà essere soppressa la possibilità di una vera competizione di interessi, presupponente per ambe le parti eguale la possibilità di rinunciare alla stipulazione del contratto sulla base di condizioni che non si ritengono le più convenienti al proprio interesse. Ma ciò non impedisce che un'adesione al contratto vi sia. E prescin-

diamo pure dalla constatazione di un fatto evidente: che la coalizione dei deboli oggi li ha fortificati nella stipulazione del contratto di lavoro, sorretti in ciò anche dall'intervento della legislazione sociale; ne prescindo perchè i lavoratori organizzati (naturalmente io mi limito qui al lavoro prevalentemente materiale) non arrivano neppure al terzo di tutta la massa dei lavoratori. Il contratto individuale di lavoro ha ancor oggi un'importanza preminente, checchè si asserisca della quasi scomparsa del vecchio contratto individuale di lavoro. Il fatto quindi di un lavoratore solo e debole di fronte a chi ricorre al suo lavoro è ancor oggi un fatto quotidiano. A questo proposito qui basterà ricordare un'osservazione già più volte fatta, e cioè come, dato l'odierno assetto economico giuridico ¹⁾, ispirato al rispetto dell'impulso individuale, alla tutela dell'autonomia del singolo, l'apprezzamento dell'equivalenza tra ciò che si dà e ciò che si riceve sia esclusivamente soggettiva. Perciò l'ordine giuridico non si preoccupa dei motivi che possano aver indotto una persona a dare la sua adesione alla stipulazione del contratto: non se ne preoccupa dal punto di vista dell'esistenza del contratto. Perchè in un'altra direzione può preoccuparsene, nel caso in cui l'urgenza del bisogno abbia limitato o addirittura paralizzato la libertà di non stipulare ²⁾ contratto. E ciò in due modi. Anzitutto col limitare la autonomia della parte più forte (ciò che non è possibile se non entro certi limiti). In secondo luogo col colpire il contratto nel caso in cui vi sia un abuso immorale di pressione per parte del contraente più potente: semprechè all'altro contraente si palesi preferibile ormai il rinunciare al contratto. E anche questo solo entro limiti assai prudenti. Ma di ciò tratteremo più a fondo altrove.

117. Dunque volontarietà della prestazione del lavoro: vedremo che non è se non in pochi casi ben determinati (in ispecie dal diritto pubblico) che questo non si verifica, e cioè una prestazione di energie di lavoro può essere coatta (con che viene meno la contrattualità del lavoro). D'altra parte è pure un fatto normale la volontarietà della prestazione della mercede: si capisce che a nessuno di regola si possa imporre l'accettazione dei servigi di una persona. Il lavoro è destinato a scopi altrui di cui è di regola giudice e arbitro l'interessato esclusivamente. Ma qui l'intervento coattivo, quanto al pagamento

¹⁾ Cfr. REDENTI, *Massimario della giurispr. dei probiviri* (1906), p. 21, nota 2.

²⁾ È bene affermare sin d'ora energicamente questi concetti, per reagire contro la tendenza invalsa a negare la contrattualità dei rapporti che oggi legano l'operaio all'industriale. Il RATTO, in *Contr. di lavoro*, 1914, p. 14, si spinge addirittura sino a dichiarare implicitamente che il contratto è « una categoria dottrinale inutilmente ammessa dal legislatore ». E mi par che basti! Del resto, ripeto, su questo argomento tornerò più avanti, in sede più opportuna.

della mercede, che non è se non attribuzione patrimoniale, si può anche concepire, ed in fatto si verifica. Tanto più che anche in tal caso non è distrutto interamente il rispetto all'interesse dell'obligato, dal momento che chi è costretto a dare un compenso ha risentito un utile dal lavoro altrui. È il caso dell'art. 445 Cod. civ., in virtù del quale chi raccoglie i frutti della cosa ha l'obbligo di rimborsare ai terzi la mano d'opera da essi somministrata. Naturalmente perchè l'art. 445 abbia ad avere un proprio significato bisogna presupporre che alluda a lavori non richiesti (perchè allora l'art. 445 sarebbe stato superfluo, vigendo le regole del contratto di lavoro), ma spontaneamente prestati, lavori di cui chi ha fatto il raccolto ha goduto l'utile effetto. Qualche cosa come un quasi-contratto.

Altro caso, ad es., è quello dell'art. 718 Cod. civ.: il proprietario della cosa smarrita e recapitata al sindaco deve pagare « a titolo di premio » al ritrovatore, se questi lo richiede, il decimo o il vigesimo del valore della cosa restituita, secondo i casi. Questa è una vera retribuzione del servizio ricevuto ¹⁾, l'obbligo della quale risale alla legge, così come alla legge risale l'obbligo della corrispondente attività di lavoro (art. 715: « chi trova un oggetto mobile che non sia tesoro *deve*.... ») ²⁾. Come si vede siamo qui in presenza di coazione estesa, oltre alla mercede, anche all'attività del lavoro; e un altro caso ancora troviamo nel quasi-contratto, che può condurre sia all'obbligo di un'attività giuridica, come di mero fatto. In ambo i casi però l'obbligo è subordinato a un presupposto: nel primo che si sia trovato un oggetto abbandonato; nel secondo che si sia assunta volontariamente quell'attività. Il rigore è, dunque, maggiore nel primo caso: ma solo in apparenza. Perchè in realtà, inteso quel dovere in quella estensione, esso non avrebbe sanzione alcuna: l'unica sanzione ha carattere penale per caso in cui il ritrovante intenda tenere per sè la cosa. Bisogna quindi integrare la formula dell'art. 715 così: chi trova un oggetto mobile che non sia tesoro e lo raccolga *deve*... ecc. Anche qui l'obbligo di fare è dunque subordinato a un atto della volontà di chi rimane obbligato. Salvo questo ed altri casi legislativamente determinati ³⁾ la regola è che così la prestazione di lavoro come anche la

¹⁾ Retribuzione, non compenso (come farebbe credere la parola « premio ») per la buona azione compiuta, un premio per l'onestà. Cfr. PAVONI, in *Il dir. comm.*, 1911, I, 331 seg.

²⁾ Nel caso del premio riservato al terzo che fortuitamente scopre un tesoro manca un dovere di fare: anzi, è proprio il fortuito ritrovamento che qui importa. Quindi, a parte altre considerazioni, la natura dell'attribuzione patrimoniale, circa al terzo, non è neppur proponibile qui il concetto di un contratto di lavoro.

³⁾ Vi può essere un obbligo legale, non già di lavorare, o di pagare una mercede, ma di stipulare un contratto di lavoro. Il risultato è quasi uguale, ma in-

prestazione della mercede presuppongono l'adesione volontaria di chi dà la mercede ¹⁾. Contratto di lavoro sussiste solo quando questa volontarietà non manchi.

118. Quando concorrano da un lato la volontà di chi dà il proprio lavoro, dall'altro la volontà di chi dà la mercede, normalmente si verifica la fusione di queste volontà a costituire un'unità inscindibile. Ciò scaturisce il contratto di lavoro. Può tuttavia non essere così quando la formazione di quelle volontà come volontà negoziali (se mi si passa la brutta parola) sia autonoma, non solo, ma ognuna di esse erei una propria quantità perfettamente autonoma di effetti giuridici. Quest'ultima è specialmente la condizione principe per la non contrattualità. Quando gli effetti $a + b$ presuppongano tutte e due le volontà $a' + b'$, e l'effetto a non sia scindibile dall'effetto b , diremo che il binomio $a' + b'$ costituisce un contratto, se la formazione sia contrattuale: cioè se la volontà a' è stata diretta al portatore della volontà b' . Ecco le due condizioni riunite. Se invece ognuno di quegli effetti è stato prodotto separatamente, da due fonti di negozio autonomo, i due effetti non si allacciano, e le volontà concorrenti nei due negozi successivi non si fondono in un unico contratto.

Ora, normalmente chi si assume di dare il proprio lavoro nell'interesse di altri lo fa appunto per avere la retribuzione (è l'onerosità che già conosciamo); la stessa cosa fa l'altra parte, ma a termini rovesciati. I due effetti sono collegati strettamente in un fascio determinato dalla fusione delle volontà a contratto. Ma può essersi obbligata una persona a dare il proprio lavoro, sia pure colla mira di una retribuzione, ma senza che questo intento sia penetrato nel negozio da cui l'obbligo è sorto: il contratto. E successivamente l'accipiente può essersi impegnato a un'attribuzione patrimoniale a favore del primo che abbia il carattere di remunerazione del servizio ricevuto, e ciò con un nuovo negozio: che può essere un contratto o anche un testamento.

somma sono due cose diverse: anche qui, si noti, la regola è, nel diritto privato, che l'attività di lavoro presupponga l'adesione volontaria (normalmente nella stipulazione contrattuale: ma non esclusivamente come s'è visto). Di questa forma di coazione discorreremo a proposito della stipulazione del contratto di lavoro. Naturalmente il lavoro carcerario, che spesso è coatto (art. 13, 14 Cod. pen., legge 26 giugno 1914, n. 285 sull'impiego di condannati nei lavori di bonificazione) occupa un posto a sè e del resto qui si rientra nel diritto pubblico, in cui quell'obbligo di lavoro ha alcune applicazioni, ivi pure ad ogni modo, ben determinate. Cfr. spec. art. 276 Regol. gen. carcerario dell'1 febbraio 1896; art. 6 disp. trans. Cod. pen. Qui la contrattualità esula completamente. Essa, al più, non sussiste che per l'impiego di condannati oltre i 60 anni o di condannati per non oltre un anno di pena nei lavori di bonifica (art. 1 legge cit.): in tal caso occorre la loro domanda. Cfr. pure art. 3.

¹⁾ Su questo argomento torneremo ancora nel paragrafo seguente.

Ecco due volontà che, rispetto ai due effetti: prestazione di lavoro e di mercede, non si sono fuse in un'unità contrattuale.

Qui dunque avremo due negozi a titolo gratuito autonomi ma non un contratto di lavoro. Nel primo troveremo un contratto di mandato; nel secondo un contratto a titolo gratuito (se è contratto) che sarebbe una cosiddetta donazione remuneratoria. Possiamo anche figurarci che un vero mandato non vi sia stato, ma una prestazione spontanea di lavoro assumente la linea di un cosiddetto quasi contratto: un servizio fatto anche all'insaputa del beneficiato ¹⁾.

Si noti: la gratuità non esiste che nella struttura giuridica, formalistica dei negozi. Perchè nessuna delle due persone (è questa l'ipotesi che ci interessa e che sola presupponiamo) ha inteso di beneficiare l'altra. La prima è stata determinata da mire di esclusivo interesse personale: che abbia offerto il suo lavoro gratuitamente o meglio senza pretendere esplicitamente un compenso si potrà spiegare per ragioni varie, ma certo non toglie nulla alla realtà di quell'intento non di altruismo. E quanto all'accipiente manca in lui l'intenzione di compiere una generosa liberalità; egli è dominato dall'idea di una remunerazione, di un corrispettivo. Che perciò la sua non sia una donazione, come tra noi ha asserito l'Ascoli, non è questione che io debba qui trattare: mi basta asserire che, ad ogni modo, è un negozio a titolo gratuito ²⁾.

Non sarà donazione, ma, ripeto, non si fonde col precedente servizio, integrandolo fino a costituire un unico contratto a titolo oneroso. E ciò malgrado due prestazioni equivalenti, tra cui dunque sussiste un rapporto oneroso, qui sussistano. Parrà strano che si abbia a insistere su questo punto. Eppure il Savigny ³⁾ insegna che chi vuol remunerare un servizio ricevuto può o rendere palese con un dono la sua gratitudine, oppure considerare tutto il rapporto giuridico come un tacito contratto di prestazione di lavoro per una mercede indeterminata; e allora l'attuale attribuzione, secondo l'intenzione del datore, è il semplice pagamento di un debito. Nel primo caso dunque donazione, nel secondo « mediante quella intenzione il concetto di una donazione con tutte le sue conseguenze è completamente escluso ». È facile qui opporre, e fu opposto, che la formazione contrattuale determinante

¹⁾ A un caso di questo genere allude l'art. 3, lett. e, della legge 24 agosto 1877, n. 4021, circa l'imposta sui redditi di ricchezza mobile, che considera come reddito imponibile « i proventi anche se avventizi e derivanti da spontanee offerte fatte in corrispettivo di qualsiasi ufficio o ministero ». Il nesso, meramente soggettivo, di onerosità è qui indicato da quel « corrispettivo »; l'autonoma gratuità del reddito dalla parola « spontanee ».

²⁾ Cfr. in proposito sopra, p. 298-299.

³⁾ *System*, IV, p. 93, seg.

l'intima compenetrazione a unità delle due prestazioni non dipende dall'intenzione di una delle parti, ma dalla volontà di tutte e due ¹⁾.

Praticamente è molto facile che il servizio spontaneamente offerto se accettato dia luogo a un contratto di lavoro ²⁾: bisognerà proprio, perchè non sia così (ad es. se non si vogliono applicare le regole più severe e rigide dei contratti a titolo oneroso, in cui l'interdipendenza delle due prestazioni è massima) bisognerà, dico, provare la esplicita rinuncia a un compenso, o che almeno le circostanze la rivelino (come s'è visto pel mandato). Ciò dimostra come si tratti di un'ipotesi poco pratica.

Un caso tuttavia di applicazione è quello del « volontario », che si offre gratuitamente di lavorare, nella speranza di poter in seguito conseguire una retribuzione. Il lavoro per ora è dato gratuitamente: tutt'al più chi lo dà si rimette al creditore, per averne, se lo crede, una mancia, un compenso. Ecco un esempio di contratto a titolo gratuito, ma da cui esula l'impulso altruistico ³⁾. Va distinto dall'apprendista che in cambio del lavoro riceve l'insegnamento. Un altro caso, che può lasciar qualche dubbio è quello del contadino che invoca nel momento della mietitura l'opera di un altro contadino, promettendogli di ricambiar l'aiuto in una prossima mietitura ⁴⁾. Vi è promessa vincolata sinallagmaticamente alla promessa di cooperazione attuale? A me par di sì, e questo è anche l'avviso del Lotmar ⁵⁾: uno scambio di lavoro contro lavoro. Invece il Bücher ⁶⁾ non vi trova lo scambio, ma due prestazioni autonome. E di questo avviso, a quanto pare, è anche il Pantaleoni ⁷⁾, che vi vede un'applicazione dell'originario sistema di contratti gratuiti. Ma anche il Pantaleoni non può negare che qui vi è qualcosa di più di una mera gratuità, che non vi è liberalità, perchè è come nelle operazioni di credito: « colui che presta

¹⁾ Qualcosa di simile, ad es., ha opposto l'OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, pagina 36.

²⁾ Senza preventiva determinazione dell'obbligo della mercede o del suo ammontare. Ciò è, come vedremo, compatibile coll'odierno diritto del contratto di lavoro. In Roma, invece, per un caso siffatto GAIUS insegna che « quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis ». È il famoso fr. 22, XIX, 5, in cui si raffigura prima il caso del sarto che assume la confezione gratuita di abiti (mandato), o onerosa (locazione di lavoro). Il terzo caso, a cui si riferisce quel giudizio, è se il lavoro non fu assunto gratuitamente, e la mercede non fu nè fissata nè pagata *protinus*.

³⁾ LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, I, p. 150.

⁴⁾ Osserva il CONRAD, *Grundriss*, I, p. 53, che nei primordi della cultura lo scambio spesso si attua in forma di donazione fatta in attesa di una controdonazione. Il fenomeno però si verifica anche oggi.

⁵⁾ Op. cit., p. 158.

⁶⁾ *Die Entstehung der Volkswirtschaft*, 1898, p. 791.

⁷⁾ *Scritti vari*, II, p. 338. È però un fatto innegabile che in un atto di questo

ora un servizio sapendo che più tardi gli si renderà l'istesso servizio, cosa altro ha fatto se non una vendita a credito, cioè a pagamento differito? ». Dunque scambio di utilità presente contro utilità futura! Ma allora è un baratto bell'e buono, che giuridicamente è sinalagma solo se le due prestazioni sono vincolate da due obbligazioni sorte insieme, dalla medesima scaturigine. Non capisco perciò come il Pantaleoni possa concludere: « Ma tutto questo è inconscio, nebuloso, poco preciso e mal misurato. Altrimenti sarebbe baratto, bell'e buono! ». E *quaestio facti*: ma ad ogni modo, ripeto, propendo a credere che in quel caso il contadino si debba considerare come impegnato per la futura mietitura.

119. L'assunzione volontaria di un'attività di lavoro nell'interesse di terzi può assumere carattere oneroso, senza la stipulazione contrattuale: quando cioè sia « quasi contratto » ¹⁾.

Prescindendo qui da ogni accenno di critica storica di questa figura infelice del « quasi contratto », in sostanza noi avremmo qui da una parte un'attività di lavoro, dall'altra una retribuzione, ma l'una all'altra connessa senza un originario contratto. Più esattamente una obbligazione di fare, e una obbligazione di corrispondere la mercede, senza il contratto. L'unico caso pensabile è, naturalmente, quello di una spontanea assunzione di attività a favore di un terzo, di cui non sussista il consenso, a cui la legge riconnetta l'obbligazione di continuare la gestione di quest'attività sino al compimento dello scopo (o dell'affare), coll'obbligo nel *dominus negotii* di accettare la gestione ben condotta, perchè utile. Ora, se si ammette per principio la gratuità della gestione, la remunerazione poscia attribuita sarà dovuta alla volontà unilaterale e spontanea dell'interessato: è il caso che finora abbiamo teoricamente presupposto. Ma la cosa non è così se tra gli obblighi conseguenti da quella gestione a carico dell'interessato ammettiamo pure quello di corrispondere una retribuzione. Così il Hellwig ²⁾ cita il caso di un medico che cura un ammalato,

genere, dato il nesso che lo lega alla futura controprestazione, vien meno quel carattere « individuale » che il VALENTI, *Principi di scienza econom.*, p. 225, assegna alla donazione; e sussiste invece quel carattere « sociale » che è proprio dello scambio.

¹⁾ Mi pare un po' difficile concepire il quasi contratto in senso inverso, cioè presupponente la volontà di chi riceve il lavoro, non di chi ne è il produttore! Il REDENTI ha ricordato questa figura giuridica per indicare la situazione del avvocato assunto oggi in servizio col suo presentarsi al lavoro senz'altro (senza cioè appresso), e senza dibattito di condizioni per parte sua. Non credo sia questa non opinione del REDENTI, il quale sa benissimo che un consenso del lavoratore cioè malgrado non manca. Cfr. sopra, n. 116. Può essere al più l'avviso di chi nega la contrattualità dell'odierno cosiddetto contratto di lavoro.

²⁾ *Ueber die Stellung des Arztes in burgerl. Rechtsleben*, 1905, p. 9.

non chiamato da nessuno, e tanto meno consapevole il malato: sarebbe una vera gestione di affari, in cui la trattazione dell'affare implica l'esercizio essenziale di una notevole attività di lavoro.

Tra gli altri casi in cui fu visto un quasi contratto fu pure annoverato quello in cui il debitore del lavoro presti l'opera propria oltre il tempo per cui essa fu convenuta ¹⁾; il Bouloc cita pure il caso molto affine, se non addirittura identico, della cosiddetta tacita riconduzione o rilocalazione. Anche il Rosin ²⁾ cita il caso di chi spontaneamente lavora prima della data fissata per l'inizio del lavoro o dopo quella determinata contrattualmente per la sua cessazione. In tutti questi casi manca la volontà del creditore del lavoro: questo è naturalmente il presupposto fondamentale, perchè di quasi-contratto si possa discorrere. Dobbiamo perciò eliminare i casi in cui il consenso del creditore del lavoro vi è tacitamente nella tolleranza o acquiescenza (cioè specialmente in caso di rilocalazione): quindi, ancora, dobbiamo escludere la formula sintetica del Bouloc, secondo il quale certe obbligazioni del lavoro nascono senza preventiva convenzione, cioè dalla reciproca attitudine delle parti che lascia travedere l'accordo. Ma allora abbiamo il contratto di lavoro! Dunque il consenso del creditore del lavoro manca completamente, e non vi è contratto ³⁾. Ma veramente non è detto che vi sia sempre anche una vera gestione di negozio. Prendiamo il caso di lavoro anticipato: se vi è un errore di data, è evidente che non si può più parlare di una volontaria assunzione di un lavoro per altri: quindi non ne nasce un'obbligazione di continuare la gestione del lavoro. Non è ad ogni modo da escludere questa possibilità di una gestione vincolativa, a cui terrebbe dietro l'obbligo del *dominus* al pagamento di una congrua mercede, malgrado sia ben netta la volontà sua che il lavoro cominci dopo o cessi prima: basta che sussistano i requisiti di una efficace assunzione di gestione di un lavoro per altri.

Ma si deve proprio ammettere un « quasi contratto » di lavoro. Il dubbio può nascere anzitutto da ciò: che l'art. 1140 discorre della gestione di un affare altrui. Ora, per affare, in questa disposizione di legge, la dottrina ⁴⁾ per lo più intende un affare giuridico, cioè un negozio giuridico. Che questo sia stato il concetto che dominò nella

¹⁾ BOULOC, *Le droit de grève*, p. 19-20.

²⁾ *Arbeiterversicherung*, I, p. 148.

³⁾ E neppure un « contratto retroattivamente consentito », come ritiene il BOULOC, citato dal BOULOC. Aggiungo pure che il lavoro prestato in virtù di contratto giuridicamente inesistente, ad es. (è il caso pratico) per vizio di forma, esclude pure che si tratti di quasi contratto. Su ciò a suo luogo. Cfr. un caso in *Foro it.*, 1912, III, 329 (Cons. di Stato, sez. V, 12 aprile 1912).

⁴⁾ ATZERI-VACCA, *La gestione d'affari* (1904), p. 154: affari che possono compiersi mediante rappresentanza.

mente dei compilatori può essere, anzi è molto probabile; che sia l'unico concetto ammissibile non lo credo. È vero, a mio avviso, per l'art. 1141 quello che per l'art. 1737, in cui il mandato è riferito al compimento di un affare per conto di un'altra persona: io ho cercato di dimostrare ¹⁾ che questo « affare » può essere indifferentemente una *res facti* come una *res juris*, non escludendo però che il legislatore abbia pensato specialmente all'ultimo caso, come lo prova la disciplina legislativa del mandato. Del resto l'opinione rigida dell'affare come negozio giuridico è insostenibile: è certo che rientra nel quasi contratto l'assunzione dell'amministrazione di un patrimonio altrui (come lo provano gli esempi cui ricorre il Pothier, laddove discorre del quasi-contratto); cioè di una attività molto complessa, in cui rientra per la maggior parte l'esecuzione di negozi giuridici (gli atti di amministrazione), ma da cui non sono esclusi anche gli atti materiali necessari, ad es., per la conservazione dei beni se l'ordinaria diligenza del buon padre di famiglia li richiede. Ad ogni modo abbiamo qui, nella complessa amministrazione di patrimonio, un caso di attività di lavoro che indubbiamente, anche per una rigida interpretazione dell'art. 1141, rientra nel quasi-contratto.

120. Un altro dubbio è quanto alla asserita gratuità della gestione di affare altrui. L'interessato, si dice, non è obbligato a una remunerazione dell'attività spiegata spontaneamente dal gestore, perchè l'art. 1141 richiama le regole del mandato; e questo è un contratto gratuito ²⁾. Ora, contro questo argomento si potrebbe veramente osservare che l'art. 1141 richiama le obbligazioni a carico del mandatario accollandole al gestore: non si riferisce in genere a tutta la disciplina legislativa del mandato. Inoltre abbiám visto che si dà anche il mandato retribuito, che non è più mandato, ma contratto di lavoro.

Ma a rincalzo ci si può osservare che l'art. 1141 non dà diritto al gestore se non al rimborso delle spese necessarie ed utili, cogli interessi dal giorno in cui furono fatte: l'aver regolato entro questi limiti e con sufficienti dettagli le conseguenze patrimoniali nei rapporti tra gestore e interessato proverebbe l'intenzione di estendere a questa assunzione volontaria di affare altrui, appunto perchè tale (e anzi a maggior ragione per questa volontaria intrusione negli affari altrui), l'eminente gratuità che è propria del mandato.

La negativa, sebbene appoggiata a forti argomenti, non mi sembra tuttavia fondata: almeno in questa sua forma assoluta. Certo il caso più frequente, in ragione appunto della spontaneità di questa assun-

¹⁾ Cfr. sopra, p. 269 seg.

²⁾ ZACHARIAE-CRONE, *Manuale di dir. civ. francese* (trad. BARASSI), II, § 411, nota 8.

zione, sarà dato dall'impulso di amicizia o di beneficenza per l'assente: quel medesimo impulso altruistico che determina il mandatario ad assumersi l'obbligo della prestazione. Perciò appunto l'art. 1141 richiama (sebbene unicamente agli effetti delle obbligazioni del gestore) il mandato. Ma il non averne ripetuto il richiamo quanto agli obblighi dell'interessato ha pure, a mio avviso, qualche valore: e l'avere disciplinato puramente il rimborso delle spese può anche significare che la legge intese non regolare un caso (quello della pretesa di retribuzione) per cui non era possibile dettare una regola generale ed assoluta, come per il rimborso delle spese. Osservo qui subito che non è lecito comprendere il salario pel lavoro utile fatto tra le spese di cui all'art. 1144. La retribuzione non ha (lo vedemmo)¹⁾ carattere di « spesa »; benchè d'altra parte un accostamento dell'art. 1144 al nostro argomento, ma solo (si noti) dal punto di vista del lavoro speso, possa essere opportuno (cfr. appresso). E così non mi pare corretto indurre il diritto alla mercede senz'altro dal diritto al rimborso delle spese. Questo io osservo in ispecie contro Hellwig²⁾, che nelle « Aufwendungen » (spese) di cui al § 683 C. civ. germ. vede anche le prestazioni di lavoro che appartengono alla attività professionale del gestore. Ora, la soluzione può essere esatta per l'attività professionale; ma indipendentemente da un riappiccio al rimborso di spese³⁾.

Il vero è che chi assume una data attività per altri, senza averne avuto incarico, può averlo fatto anche per la speranza, giustificata da quanto si suol fare in casi simili, di una congrua retribuzione. In proposito deciderà l'esame delle circostanze di persona e di luogo, ecc., che hanno accompagnato l'assunzione dell'attività. Se è un operaio che ha bisogno di guadagnare il salario, e se il lavoro suo fu veramente utile o necessario, non so perchè la retribuzione debba escludersi: in generale anzi ciò è da ammettersi per la spontanea prestazione di attività professionale fatta da taluno⁴⁾. Invece se si tratta del coniuge, o di amico intimo si ammetterà per lo più l'impulso altruistico puramente. Del resto la dottrina già ammette che se si tratta di affari commerciali non deve ritenersi senz'altro che il gestore si sia indotto da ragioni puramente altruistiche: « ogni atto commer-

¹⁾ Cfr. sopra, p. 135 seg.

²⁾ Op. cit., p. 14. Che il § 1835 Cod. germ. inserisca esplicitamente tra le « Aufwendungen » i servizi prestati dal tutore e da rimborsarsi sotto forma di mercede, è tanto poco un concetto naturale che la legge l'ha dovuto dire esplicitamente. Del resto il concetto dell'italiana « spesa » è meno ampio della parola « Aufwendung », che è l'impiegare, il rivolgere qualcosa verso uno scopo.

³⁾ Questa sussunzione della mercede nelle spese fu ammessa pure dal DERNBURG, *Bürg. Recht*, II, § 303, II.

⁴⁾ In questo senso pure DERNBURG, op. e l. cit. Non si può però invocare la equità come argomento.

ciale è fatto per veduta di speculazione ». Così il Giorgi ¹⁾. Ora ciò ammesso, a voler essere conseguenti si deve generalizzare un principio, di cui il caso dell'attività commerciale non sarebbe se non una logica applicazione ²⁾.

So benissimo che l'opinione del Giorgi è quella della prevalente dottrina, ma gli argomenti non mi sembrano concludenti. Il Pacchioni ³⁾ osserva: « Come potrebbe infatti il gestore che volontariamente assume l'amministrazione degli affari altrui pretendere di trovarsi in posizione più favorevole di quella che avrebbe acquistato qualora l'amministrazione gli fosse stata affidata? ». Ma questo concetto, che è del Kohler, presuppone che l'attività sia assunta in condizioni che normalmente, se incarico ci fosse stato, non avrebbero autorizzato una retribuzione. E questo non è sempre vero: non si può ritenere che chi è incaricato di gestire affari altrui non possa mai pretendere compensi! Caso mai è vero il contrario! E allora non si può più dire che se l'attività è assunta unilateralmente, la retribuzione collochi il gestore in posizione privilegiata.

Certo, il Cogliolo ⁴⁾, per cui « ogni opera personale va compensata », va un po' al di là, quando ammette come regola assoluta il diritto a compenso. La verità anche qui sta nel giusto mezzo; bisogna tener conto, ripeto, del fatto che molto spesso chi si ingerisce negli affari altrui lo fa per impulso altruistico. Del resto anche il Pacchioni, che distingue gestore civile e commerciale, ammette tutto ciò almeno per quest'ultimo.

D'altronde io credo che forse un indice favorevole alla mia tesi si possa trovare nello stesso Codice civile. Se un operaio o un artista elabora materia altrui, in modo però che il valore di questa rimanga notevolmente superiore, per l'art. 468 il lavoratore ha diritto a essere rimborsato del prezzo della mano d'opera: cioè non solo della mercede pagata ad altri (es. a operai dipendenti), ma anche della mercede pel proprio lavoro, diversamente il proprietario lucrerebbe illecitamente ⁵⁾.

¹⁾ *Obbligazioni*, II, n. 69.

²⁾ Per la tesi qui propugnata si può anche addurre l'argomento *a fortiori* che prende le mosse dal caso di chi, non incaricato dall'interessato, incarica, ad es., un medico di curare l'ammalato, e paga del suo il medico. Se chi ha dato l'incarico, pensa HELLWIG, cfr. l. cit., ha diritto al rimborso verso l'ammalato, a maggior ragione il medico avrà diritto all'onorario. Il parallelo fa a tutta prima una certa impressione, e dimostra, caso mai, l'opportunità pel medico di farsi incaricare da una persona amica dell'ammalato per eliminare ogni dubbio. Ma i due casi sono diversi: il medico nel primo caso è determinato dall'evidente e ragionevole interesse personale del guadagno; nel secondo invece è nella condizione di cui assume spontaneamente la cura d'altri, e per cui può essere quindi dubbio, almeno a tutta prima, il diritto a onorario.

³⁾ *Gestione degli affari altrui*, p. 651, n. 503.

⁴⁾ Cit. in PACCHIONI, op. e l. cit.

⁵⁾ Cfr. BIANCHI F. S., *Corso di Cod. civ.*, IX, 3, p. 653.

L. BARASSI. — *Il contratto di lavoro, ecc.* — 2.^a ed. — 21.

Ora, si dovrà forse escludere questo, che la legge chiama rimborso, se l'artefice ha avuto proprio l'*animus aliena negotia gerendi*? La legge non distingue: esige solo che manchi un accordo tra le parti, tanto basta. E del resto non si capisce perchè il lavoratore che si è applicato consapevolmente nell'interesse del proprietario debba essere meno favorito di chi o nulla sapeva, o, peggio, sapeva benissimo che la materia non gli apparteneva, ma intese lavorare esclusivamente per trattenersi il prodotto. Ad ogni modo, perchè l'intrusione negli affari altrui, con la conseguenza di accollare l'onere di un salario, non rappresenti un abuso e un danno per l'interessato (con che l'istituto della gestione d'affari verrebbe spostato dal suo asse naturale), occorrono delle cautele. Anzitutto occorre che il lavoro sia stato necessario o per lo meno utile. Come il gestore ha diritto al rimborso delle spese necessarie o utili (art. 1144), così ha diritto che si tenga in considerazione il dispendio che egli abbia fatto di lavoro veramente utile o necessario. Naturalmente non sto qui a rifare la questione se questo criterio di utilità debba essere soggettivo all'interessato, oppure oggettivo. Io propendo per quest'ultima opinione: pur non dimenticando che deve essere l'apprezzamento oggettivo dell'utilità dell'interessato; soggettiva è l'utilità, oggettivo il criterio per apprezzarla. E la conferma della bontà di questa soluzione ci viene dall'esame di qualche caso pratico. Un medico cura spontaneamente chi ha tentato di suicidarsi. Se dovesse stare alla probabile volontà o all'apprezzamento che chi ha tentato di sopprimersi faccia del valore della propria vita, il medico dovrebbe astenersi. Non così con un apprezzamento oggettivo¹⁾. L'ammontare della mercede è determinato dagli usi locali; in mancanza proporzionalmente all'entità del lavoro, e, specialmente, all'utilità di esso: è solo il lavoro utile che cade in considerazione, salvo ratifica dell'interessato.

Il gestore deve continuare nell'assunta gestione sino a che il creditore del lavoro sia in grado di giudicare da sè circa la continuazione di esso. Così il medico dovrà continuar la cura finchè il malato sia in grado di decidere in proposito²⁾. Se si decide per l'affermativa da questo momento abbiamo un vero contratto di lavoro.

121. Ad ogni modo, ammesso, come io propenderei a ritenere, che dalla gestione non richiesta di un servizio possa derivare l'obbligo del compenso, nel limite dell'utile effettivo, saremmo di fronte a un fenomeno di onerosità o equivalenza tra mercede e lavoro, ma non

¹⁾ Anche HELLWIG, op. cit., p. 13, arriva a questa conclusione: ma per conciliarla col § 177, Cod. civ. german., che accoglie il criterio soggettivo esplicitamente, è costretto a dichiarare già irrilevante la probabile intenzione del suicida, perchè *contra bonos mores*.

²⁾ HELLWIG, op. cit., p. 11.

a un contratto a titolo oneroso (che sarebbe allora contratto di lavoro). Il contrario, quando vi sia stata ratifica, potranno magari ritenere coloro che diano uno sviluppo alquanto esagerato alla vecchia paromia « *ratihabitio mandato comparatur* », come se la gestione unilaterale si potesse davvero per un miracolo convertire, retrospettivamente, in un contratto, che qui sarebbe di lavoro ¹⁾. L'Oertmann, a sua volta ²⁾, ha proposto una via d'uscita che condurrebbe alla contrattualità. Nel caso del mediatore e del commissionario che, non richiesti, procurano un affare a Tizio, che conseguentemente li compensa, parte dal concetto, esatto, e che noi pure abbiamo sopra esposto, che la prestazione di lavoro sia di tal natura da essere normalmente fatta dietro compenso, perchè adempiuta da chi ne fa abituale professione. Se ciò è « non parrà ardito di sottintendere collegata colla gestione dell'affare una proposta all'interessato per la stipulazione di un contratto di lavoro (oneroso) ». Una proposta fatta mediante atti concludenti a modo di offerta reale.

Ma si oppone un'obiezione prima: l'offerta di un contratto è dichiarazione recettizia; la gestione, come atto concludente, non lo è. L'Oertmann prevede l'obiezione e replica: vuol dire che offerta di contratto sarà la partecipazione della notizia che il gestore farà dell'affare intrapreso all'interessato. Dunque occorre una notificazione: e la difficoltà ricompare quando manchi, e il gestore faccia in modo che per conto suo l'interessato venga a notizia della gestione compiuta per lui. Che la gestione sia stata compiuta senza una palese affermazione di esigere un compenso, è un'ipotesi che scartiamo: perchè, ripeto, in tal caso, nessun obbligo di compenso nascerebbe dalla gestione, malgrado la abitudine di una remunerazione per siffatti servigi.

Ma qui l'obiezione capitale è che se anche si vuole qui ammettere la formazione di un contratto, questo non sarà però un contratto di lavoro, perchè l'attività di lavoro è precontrattuale, o, al più, elemento costitutivo del contratto. In tal caso l'onerosità del contratto si potrà anche ritenere salva: ma certo non vi è più il tipo « contratto di lavoro ». E quanto dimostreremo poi.

Adunque, concludendo: se la prestazione di lavoro è fatta colla mira bensì di ottenere una mercede, ma questa mira non penetra nel contratto che crea l'obbligo del lavoro, la mercede poi volontariamente pagata non integra quel contratto sino a farne un contratto di lavoro. Vi sarà nesso economico e intenzionale di equivalenza tra le due prestazioni, ma indubbiamente non siamo di fronte a un nesso

¹⁾ E infatti il SEUFFERT, *Ratihabition*, p. 47, ammette l'applicazione analogica della *localio conductio operarum* se si tratta di opere illiberali.

²⁾ Op. cit., p. 38.

giuridicamente rilevante. Perciò non possiamo accogliere l'opinione di chi ritiene irrilevante, per il concetto di « onerosità », un nesso giuridico che vincoli le due prestazioni, subordinandole l'una all'altra. Ad es. per lo Stampe¹⁾ l'onerosità non è che un concetto puramente economico. « Significa che ciò che è dato come corrispettivo rappresenta l'equivalente per qualche cosa che si è ricevuto o si riceverà in avvenire ». Cosicché « un valore equivalente dato volontariamente è un corrispettivo così come quello dato per obbligo giuridico ». Insomma, ciò che si dà spontaneamente per un servizio ricevuto, non a titolo di mercede (coattiva), non è mai donazione, non sarebbe dato in virtù di un negozio a titolo gratuito, ma a titolo oneroso. Un'eco di questa dottrina, come s'è visto, si riscontra anche nella dottrina dell'Ascoli quanto alle donazioni remuneratorie: un'eco, perchè se l'Ascoli nega la donazione, non esclude però, almeno mi sembra, il negozio a titolo gratuito.

Riferimento economico sì; collegamento giuridico a titolo oneroso, implicante una stretta subordinazione reciproca che colleghi necessariamente una retribuzione al lavoro, no. Già l'abbiamo constatato a proposito dei compensi volontari, di cui veramente ci siamo occupati solo come compensi in appendice alla vera mercede. Quella trattazione qui trova la sua integrazione, pel caso, diverso, di lavoro prestato gratuitamente. Là la mercede è vincolata dal collegamento giuridico cui ora accennammo colla prestazione di lavoro; vi è dunque vero rapporto di onerosità, presupponente la unicità della fonte contrattuale per le due prestazioni obbligatorie. Invece il compenso volontario completerà la remunerazione: è qui che si rivela quel nesso puramente economico di equivalenza della remunerazione in senso latissimo, cui alludono lo Stampe da una parte, l'art. 13 Reg. infertuni sul lavoro dall'altra. Ma questo nesso, ripetiamo, non diventa giuridico se non mercè la presupposizione: e anche questo in limiti molto prudenti.

Ma la tipica relazione tra mercede e lavoro oggi (come, del resto, in tutti i tempi) è quella di una intima subordinazione quale è data dalla onerosità: e la onerosità presuppone che quei due elementi antagonistici eppur strettamente avvinti l'uno in faccia all'altro confluiscono dall'unione di due volontà: dal contratto. Oggi questa subordinazione è più che mai evidente nelle diuturne lotte tra capitale e lavoro, in cerca di quel punto di incrocio delle due curve della domanda e dell'offerta che permetta la tregua, tregua armata invero, ma pur sempre una pace, un patto.

¹⁾ Cit. dall'OERTMANN, op. cit.

§ 3. — *Il contratto di lavoro e il rapporto di coordinazione tra le parti.*
In ispecie il contratto di lavoro nel diritto pubblico.

SOMMARIO. — 122. Coordinazione e subordinazione. Rapporto di patria potestà dell'una parte sull'altra. — 123. Il contratto di lavoro nel diritto pubblico. Posizione della questione. — 124. Rassegna dei principali rapporti sinallagmatici di lavoro contro mercede tra lo Stato e i privati. — 125. Diritto privato e diritto pubblico. Criterio distintivo. — 126. L'attività finanziaria. — 127. Servizio postale e ferroviario. — 128. Scopi pubblicistici raggiunti dallo Stato direttamente, o per mezzo della gestione concessa a terzi. Se anche in quest'ultimo caso sussista l'appartenenza al diritto pubblico. — 129. Esempi di quest'ultima specie; esattoria, appalto di lavori pubblici. — 130. I pubblici impiegati. — 131. Il contratto di diritto pubblico. Se la volontà dello Stato non possa coordinarsi con quella privata. — 132. Il concetto del « contratto ». — 133. L'obbligazione dedotta dalla unilaterale predeterminazione della disciplina dei rapporti collo Stato, per opera di quest'ultimo. — 134. Se la volontà unilaterale dello Stato possa imporre a un cittadino l'obbligazione di una prestazione di fare. — 135. Se vi siano casi in cui manca il contratto. Il perito e il sequestratario nominati dal giudice. — 136. Fatto determinante e fatto costitutivo (teoria del Karlowa). — 137. Il testamento e l'accettazione dell'erede. — 138. Il contratto di diritto pubblico e l'evoluzione del diritto pubblico. — 139. Il contratto di diritto pubblico sfugge a una parziale disciplina del diritto privato. — 140. Applicabilità a rapporti di diritto pubblico di norme comuni anche al diritto privato, e viceversa. — 141. Conclusione: il contratto di lavoro di diritto pubblico. — 142. Rapporti tra il contratto di lavoro di diritto pubblico e il contratto di lavoro di diritto privato. — 143. Gli elementi patrimoniali (la mercede in ispecie) nel contratto di lavoro di diritto pubblico.

122. La contrattualità della fonte da cui derivano i due rapporti obbligatori presuppone un rapporto di coordinazione tra le due persone che si promettono a vicenda del lavoro contro mercede. Contratto implica un accordo mediante il quale ognuno dei subbietti contraenti dispone del proprio lavoro o del proprio patrimonio; questo accordo a sua volta presuppone che le due parti siano « giuridicamente » nell'identica posizione di chi dà e di chi riceve (è l'eguaglianza giuridica che è presupposto, come vedremo, del contratto). Perciò non vi è contratto dove vi è non quell'eguaglianza, ma un rapporto di subordinazione ⁴⁾; qui è escluso il fenomeno della coordinazione. E si noti: occorre che il lavoro sia fatto precisamente in virtù del rapporto di subordinazione; è solo allora che la adesione volontaria di chi dà il

⁴⁾ Si noti che alludiamo qui a un rapporto di subordinazione determinante uno « stato » personale (cfr. le mie *Istituz. di dir. civile*, p. 48-49) preesistente all'inizio dell'attività di lavoro; non già a quella subordinazione che non è se non mera conseguenza del contratto di lavoro (locazione di opere), ed è quindi il mezzo attuativo di quella fondamentale coordinazione che ha reso possibile la stipulazione volontaria di un contratto.

lavoro non è più in gioco, dal momento che il lavoro è senz'altro obbligato in virtù di questa subordinazione. di questa pressione autoritativa. Tutto ciò è uno sviluppo ulteriore dell'osservazione già fatta sopra nel paragrafo precedente (n. 116, 117), che, cioè, non vi è contratto di lavoro quando la volontarietà di chi dà il lavoro o dà la mercede è eliminata. Qui aggiungiamo che data una prestazione di lavoro e il pagamento di una mercede, non vi è volontarietà, cioè contratto di lavoro, solo quando e l'uno e l'altra siano fatti appunto in virtù di un rapporto autoritativo di subordinazione.

Vi sono in proposito due casi che si affacciano alla nostra attenzione: il caso del figlio minore d'età che lavora per il padre, coadiuvandolo nell'esercizio del suo mestiere, o della sua comunque attività professionale: lavoro per il quale il padre, si supponga, retribuisca in qualche modo il figlio. E poi il rapporto dell'impiegato di fronte allo Stato o agli altri soggetti di diritto pubblico, o in genere tutti i rapporti dello Stato con privati, in cui vi sia prestazione di lavoro contro retribuzione.

Sul primo punto è certo, in teoria, che se il lavoro fosse prestato in virtù della patria potestà il contratto mancherebbe, appunto perchè vi sarebbe subordinazione. La difficoltà sarebbe dunque tutta di fatto. Ma va notato subito che l'unica forma di lavoro che il padre (o il consiglio di famiglia, se vi è tutela) può imporre al figlio in forza della sua patria potestà è il lavoro di tirocinio, che appunto si riconnette all'obbligo di educazione e formazione anche tecnica, che incombe a chi esercita la patria potestà. Che se il tirocinio fosse escluso, perchè il figlio abbia raggiunto un sufficiente grado di maturità, il lavoro del figlio non rappresenta che l'esercizio normale e professionale della sua attività: qui riappare il fenomeno della coordinazione, benchè in pratica spesso, data l'età minore, il rapporto di subordinazione (e non in fatto solamente, ma pure in diritto) sprigioni qui pure la sua ombra: infatti il padre può esigere che il figlio, ormai esperto, non se ne stia ozioso. Però a guardar bene l'intervento autoritativo del padre qui riguarda non già il lavoro, sebbene la stipulazione di un contratto di lavoro; l'adesione del figlio è necessaria. Ma, salvo questo intervento, la conseguenza pratica è che il figlio sarebbe in quel caso perfettamente libero di lavorare per altri che lo retribuisca meglio: salvo le regole circa la capacità nella stipulazione del contratto di lavoro che a suo tempo esamineremo ⁴⁾.

⁴⁾ La legge applica qui pure la tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli, quando il lavoro manuale prevalga sullo studio e sull'insegnamento professionale (art. 2, lett. b, Regol. 14 giugno 1909, n. 442): non così dunque quando si sia proprio di fronte a un rapporto di tirocinio; se l'insegnamento viene in prima linea, vuol dire che non si tratta più di quel rapporto di coordinazione a cui nel

Intanto qui constatiamo subito che per fortuna la vita si incarica essa di disciplinare questi rapporti non al lume del rigoroso diritto, ma di una disinteressata affettività, e di una intelligente gratitudine.

123. Vi è tutta una categoria molto ampia ed estremamente importante di rapporti in cui il sinallagma del lavoro contro mercede che normalmente, come s'è visto, attua il nesso di onerosità cui allude Part. 1570, esiste, o sembra a tutta prima esistere; ma in cui una parte molto autorevole della dottrina, e una parte, però assai minore, anche della giurisprudenza esclude che la fonte possa essere il contratto. Si tratta di rapporti nei quali entra come parte, sia cioè come creditore della prestazione di lavoro, sia come debitore di essa, un ente antarchico di diritto pubblico: Stato, Provincia, Comune.

Il problema interessa praticamente per parecchie ragioni. Anzitutto per sapere se possiamo fare delle applicazioni di questo tipo di negozio così universale che è il « contratto di lavoro ». Poi, per conoscere l'esatta relazione in cui le leggi speciali che regolano quei rapporti peculiari stanno colle norme che regolano il nostro « contratto di lavoro ». Naturalmente la soluzione a quest'ultimo problema è implicitamente contenuta nella soluzione al primo. Infine un esame di questa categoria di rapporti sarà sempre utile al cultore del diritto privato che dedichi le sue cure al contratto di lavoro, quando si pensi all'importanza sempre crescente che gli elementi pubblicisti (es. intervento statuale a tutela del lavoratore) acquistano sul contenuto del contratto di lavoro ¹).

124. Venendo anzitutto a una rapida rassegna dei principali tra i rapporti sinallagmatici che qui ci interessano troviamo che si possono distinguere in due grandi categorie:

A) Rapporti sinallagmatici in cui vi è un'obbligazione di fare a carico di un privato e un'obbligazione di retribuzione a carico dello Stato (o di altro Ente antarchico).

Questi rapporti possono essere di varia natura, e, soprattutto, vi ritroviamo la fondamentale distinzione che si suole ammettere in seno al contratto di lavoro di diritto privato. Vi ha sempre infatti una prestazione di lavoro diretta a soddisfare un bisogno pubblico: ma il soddisfacimento può aver luogo:

testo si accenna. Lo stesso è per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (art. 8, lett. c, e 11 in fine Regolamento 13 marzo 1904, n. 145). Ricordiamo poi che la legge sul riposo festivo non comprende la famiglia (art. 1 della legge e del Regol.): il che porta alla sua applicazione nei rapporti tra il pupillo e il tutore che non sia parente o affine entro il quarto grado, tanto più che il « comunque occupato » dell'art. 1 della legge non mi pare consenta l'esclusione del tirocinio.

¹) OERTMANN, *Die rechtliche Natur der Arbeitsordnungen*, p. 19.

a) mediante un risultato (*opus*) di lavoro affidato all'autonoma gestione del privato, a cui incombe l'obbligo di fare. Così le concessioni di appalto di lavori pubblici, di forniture, ad es. per l'esercito, di illuminazione per le vie, riscossione di tributi, ecc.;

b) oppure il soddisfacimento può aver luogo mediante una quantità di energie di lavoro che il privato mette a disposizione dello Stato. Qui il lavoro è compiuto dal privato in istato di subordinazione tecnica allo Stato, a cui è commessa la direzione, la disponibilità di quel lavoro ¹⁾. È il rapporto di impiego.

Naturalmente non ci riguardano tutte quelle « concessioni » di pubblico servizio, in cui il privato concessionario si assume bensì nel capitolato d'appalto un obbligo di fare, cioè di gestire il pubblico servizio, ma non sorge nell'Amministrazione un corrispettivo obbligo a retribuire quelle prestazioni, ma bensì una semplice concessione di un diritto (di posare le rotaie sul suolo demaniale, se è concessione di ferrovie, e via dicendo), che si potrà benissimo considerare come antitetico o in contrapposizione, come osserva il Forti ²⁾, a quell'obbligo di fare, cioè come la ragione dell'assunzione di questa obbligazione, così come questa a sua volta potrà ritenersi la causa determinante la concessione di quel diritto ³⁾. Ma non abbiamo il concetto di una retribuzione, di un compenso rispetto a una prestazione di lavoro la quale rappresenti l'elemento dominante, che dà la fisionomia al sinallagma: qui invece è anzitutto discutibile se vi sia un vero e proprio sinallagma, anzi è vera addirittura la negativa. E poi l'elemento dominante è dato dalla concessione di un diritto al privato, non dalla assunzione dell'obbligo di fare per parte del privato. Quello è il *prius*, questo il *posterius* ⁴⁾, a differenza che nel contratto di lavoro.

B) Abbiamo poi una quantità di rapporti almeno apparentemente sinallagmatici, in cui l'obbligo di una prestazione di lavoro (di un servizio ad es.) è a carico dello Stato (Provincia, o Comune), ed è il privato che deve retribuire lo Stato. Così le ferrovie e la navigazione di Stato, il servizio postale e telegrafico, così le industrie assunte dallo Stato (tabacchi, forni comunali, ecc.).

125. Debbo qui subito dichiarare che sarebbe, a tutto rigore, mio compito preliminare chiarire la natura differenziale del diritto privato

¹⁾ Ci si presenta anche qui la distinzione fondamentale delle due grandi branche del contratto di lavoro: lavoro tecnicamente autonomo (la locazione d'opera), e lavoro tecnicamente subordinato (la locazione d'opere).

²⁾ In *Giurisprud. italiana*, 1900, IV, col. 394.

³⁾ RANELLETTI, in *Giurispr. it.*, XLVI, IV, p. 94.

⁴⁾ A questa designazione di « *prius* » e « *posterius* » ad ogni modo non si può dare che un valore relativo, benchè sia indiscutibile; cioè relativo all'importanza dell'elemento e alla successione nel tempo.

dal diritto pubblico. E sarebbe come ognun vede un compito che da sè solo esigerebbe una trattazione assai più diffusa di quanto me lo permettano i limiti di questa breve trattazione.

Perciò mi trovo nella condizione di dover limitarmi ad asserire ¹⁾ quale è, a parer mio, la teoria che almeno possa apparir più vicina al vero. La ragion d'essere dello Stato come tale sta nella necessità di un potere saldamente organizzato al disopra degli individui singoli, pel raggiungimento di quegli scopi a cui non è sufficiente l'opera degli individui ad essa sottoposti, o isolati o variamente raggruppati: gli scopi più essenziali sappiamo essere la creazione e l'attuazione del diritto, e inoltre l'attuazione di quelle attività che sono destinate puramente al maggior benessere della collettività, e alla cui attuazione sarebbe impari, o è almeno ritenuta insufficiente dalla maggioranza dei subordinati l'opera degli individui. Ora in quanto lo Stato interviene in tale qualità ha personalità di diritto pubblico o (più esattamente) compie atti di diritto pubblico ²⁾. Qui abbiamo lo Stato come potestà superiore all'individuo, per la necessità di sostituirne le deficienze. E si capisce che in questo suo intervento vi sia sempre in maggior o minor misura l'elemento della sovranità, come potestà di volere e di costringere colla forza all'attuazione del comando, appunto perchè lo Stato nell'aspetto in cui è qui considerato è superiore agli individui che si trovano in rapporto di subordinazione di fronte a lui. Mancando questo rapporto mancherebbe la possibilità allo Stato di sostituire la deficiente azione degli individui o dei gruppi particolari di individui per tutti quei bisogni che non sono individuali, ma eminentemente collettivi ³⁾. È in tal senso che

¹⁾ La confutazione delle altre teorie non mi sembra molto difficile, almeno collocandomi dal punto di vista che qui accolgo. Certo la formula qui accolta non è che un tentativo per chiarire quella grande incognita che è il criterio differenziale tra i due diritti. Negare l'importanza in nome dell'unità del diritto (COVIELLO, *Tratt. di dir. civ.*, I, p. 13) a parer mio è eccessivo. L'unità del diritto è verissima, ma è anche verissima l'esistenza, e, talora, l'antitesi di due grandi zone giuridiche, tra le quali ad ogni modo i numerosi allacciamenti (e lo vedremo) rendono più sicura che mai quella linea di confine che secondo il GRASSO non è stata ancor trovata (*Il presupposto giuridico del diritto costituzionale*, p. 153). Contro la differenziazione, ma più a parole che nel risultato, anche VITAGLIANO, in *Giorn. d. Economisti*, 1910, p. 529. Del resto qui sono obbligato, per brevità, a trascurare citazioni della nostra letteratura giuridica.

²⁾ Perciò non sono di diritto pubblico le funzioni delle grosse società commerciali (Cass. Roma, 25 febbraio 1900, *Legge*, 417), delle grandi banche, ecc. e i rapporti di esse coi rispettivi impiegati formano il contratto di lavoro di diritto privato. È abbastanza strano che si sia potuto sostenere il contrario (cfr. per la Banca d'Italia più avanti).

³⁾ Anche nell'attività amministrativa sociale pare a tutta prima che non manchi (come fu ritenuto) l'elemento della sovranità o coazione. La legislazione cosiddetta

si deve intendere il presupposto dello « Stato che attua un fine pubblico », con cui il Longo ¹⁾ caratterizza il diritto pubblico: lo Stato qui agisce *in luogo* dei privati.

Può essere invece che lo Stato agisca non nella funzione integratrice o sostitutrice (quindi eminentemente altruistica) che abbiamo visto, cioè come potere preordinato, superiore all'individuo; non in una forma di attività in cui sostituisce l'individuo per la inettitudine di questo a provvedere da sè a un bisogno collettivo, ma invece in una forma di attività per cui è ritenuto capace anche il privato ²⁾,

sociale infatti sembra implicar l'insufficienza dell'iniziativa industriale, quanto alla tutela del lavoratore, e la necessità dell'intervento sovrano ed integrativo dello Stato: di qui il carattere categorico delle norme che lo compongono. L'obbligatorietà della assicurazione sugli infortuni ne è un esempio; essa dimostra come qui venga meno il carattere atomistico del diritto privato, per subentrarvi il principio coattivo (CARNELUTTI, in *Riv. dir. comm.* 1904, 1). E tuttavia non mi pare che, per ciò, si possano assegnare queste norme di cui consta la legislazione sociale tutrice del lavoro, al diritto pubblico, come invece ho creduto di poter sostenere altre volte. Infatti se una norma categorica che rappresenta sempre l'intervento coattivo dello Stato, e l'esclusione dell'autonomia individuale, perciò solo si dovesse assegnare al diritto pubblico, quante norme di diritto pubblico non sarebbero comprese in quello che è vero diritto privato? In realtà con quelle norme lo Stato, legislatore, disciplina un rapporto di diritto privato come è quello che scaturisce dal contratto di lavoro, cioè il diritto del lavoratore alla propria incolumità; la sua pretesa al risarcimento è di diritto privato, l'obbligo dell'assicurazione di diritto privato. E non è neppure esatto il dire, come fa il CARNELUTTI (di cui accolgo la critica al concetto altra volta espresso), che gli art. 14 e 16 dell'attuale testo unico ass. infort. sul lavoro costituiscono « limitazioni o modalità di diritto pubblico a un istituto di diritto privato » (op. l. cit.). In conclusione, in quelle norme vi è, sì, sovranità; ma non è già quella che sostituisce l'azione dello Stato all'azione individuale, perchè qui essa mira invece a guidare e incanalare l'attività privata in una data direzione (assicurazione obbligatoria), che si riferisce puramente a un rapporto di diritto privato. Invece è la sovranità insita al potere legiferante, e pel quale, mentre si può in genere asserire che la formazione della norma appartenga sempre al diritto pubblico, viceversa il rapporto da esso disciplinato può appartenere al diritto privato. E questo è il caso nostro. Il LONGO, appr. cit., fa della legislazione sociale una specie di diritto civile amministrativo. Nel senso qui accolto cfr. ORLANDO, *Introduz. al suo Trattato*, I, p. 75; BIONDI, in *Rivista dir. pubbl.*, 1910, II, 285. Si badi però che le funzioni di ispezione, se siano assunte dallo Stato per mezzo di suoi agenti, in sostituzione dell'ispezione privata, sarebbero attività di diritto pubblico.

¹⁾ Nell'*Archivio di dir. pubbl.* (1891), I, p. 244. Con noi il FERRARA, in *Rivista dir. civ.*, 1912, p. 353.

²⁾ Che si tratti di un interesse pubblico o collettivo non basta dunque. Perchè sia diritto pubblico occorre si tratti di un interesse collettivo a cui lo Stato non può provvedere che con una forma di attività ad esso solo riservata. Così, è interesse collettivo indubbiamente tutto quanto concerne le masse lavoratrici, le organizzazioni di industriali e di lavoratori; ma non perciò, finchè domina il principio atomistico dell'iniziativa privata (che può condurre alla formazione di nuclei di collettività fondate sulla tendenza al monopolio [cfr. appr.] senza che in ciò sussista una contraddizione), non perciò vi ha diritto pubblico. Eppure questo è stato

con cui il privato può sufficientemente bene provvedere da sè solo, dietro l'impulso spontaneo della sua iniziativa al soddisfacimento di bisogni che non sono quindi bisogni della collettività costituente lo Stato, ma bisogni individuali, o sono bisogni collettivi a cui può provvedere la iniziativa individuale o delle singole collettività. Allora lo Stato agisce come privato e per impulso egoistico o (sempre per la maggior esattezza dell'espressione) ¹⁾ compie atti giuridici di diritto privato. È a questo che si allude quando si dice che in tal caso vi ha «... equilibrio perfetto di diritti tra l'amministrazione e il privato ». Lo Stato qui agisce *accanto* ai privati ²⁾).

Il fulcro della distinzione, ad ogni modo si può ritenere che sia dato dall'esservi o no la sovranità o l'impero, inteso come la preordinazione dello Stato ai privati nei limiti delle sue attribuzioni, la possibilità di far valere questa subordinazione del privato colla forza; non già come potestà di esigere dalle persone determinate prestazioni positive, che non sempre sussiste. Io ritengo inseparabile, come dicevo, questo elemento, inteso in questo senso, dall'esercizio delle funzioni proprie dello Stato come potestà superiore negli individui, ap-

sostenuto per ciò che si attiene ai concordati collettivi: evidentemente sotto l'impressione di agevolare così la propagazione de' suoi effetti giuridici anche ai terzi (lavoratori, industriali) non partecipi al concordato, quindi una specie di coazione. Il che è strano: perchè « concordato » è quanto vi ha di più volontario e in un certo senso atomistico. Per lo stesso motivo è di diritto privato, in genere, il rapporto di impiego con enti collettivi non di diritto pubblico; benchè, come le Opere pie, essenzialmente fondati su un pubblico interesse (cfr. Cass. Roma, Sez. unite, 16 agosto 1911, *Foro it.*, 1911, I, 1387). Ed è pure di diritto privato il contratto di impiego con Società commerciali (Cass. Roma, 25 febr. 1910, *Foro it.*, 1910, I, 345). Che lo stipendio degli impiegati delle Opere pie sia, per l'art. 1, legge 2 luglio 1908, n. 335, impignorabile e inesquestrabile non influisce per nulla, malgrado questo accostamento ai funzionari pubblici. Anche il RANELLETTI, in *Studi per Fadda*, II, p. 349 sg. e *Rivista ital.*, XXXIX, p. 344, esclude che basti la pubblicità dell'interesse: occorre anche la natura del subbietto che all'interesse provvede. Il criterio dell'utilità privata o pubblica ci viene dal diritto comune. Cfr. PACINOTTI, *L'impiego*, ecc., p. 31; MORTARA, *Comm.*, I, p. 13. Per tutto ciò credo pur io che non basti invocare il divieto di cui all'art. 14, t. unico inf. sul lavoro (31 gennaio 1904) per concludere che vi ha diritto pubblico (cfr. pure CARNELUTTI, cit.). Questo è « diritto pubblico » nel senso di « inderogabilità » per un interesse pubblico anche di una norma di diritto privato. Cfr. le mie *Istituz. dir. civ.*, pag. 26.

¹⁾ Infatti, ammessa, come è naturale, l'unità dello Stato, esclusa la sua doppia subbiettività, oggi non mi pare che per distinguere atti di gestione da atti di impero si debbano (col RANELLETTI, *Studi per Scialoja*, I, p. 720) distinguere nello Stato *due personalità*: di diritto privato e di diritto pubblico. Se uno è il subbietto, una, indiscutibilmente, è la personalità. Ma di varia natura possono essere gli atti compiuti in forza della astratta unica capacità di essere titolare di diritti, e di influire colla volontà sulla propria vita giuridica.

²⁾ LONGO, op. cit., p. 253.

punto perchè la sovranità è l'elemento che caratterizza lo Stato come tale ¹⁾; intesa la sovranità in quel senso più lato e vasto, che si concilia perfettamente colla sussistenza di una coercibilità sui privati che non si spinga sino ad esigere da essi determinate prestazioni passive (su questo concetto torneremo ancora appresso), non vi ha dubbio che il diritto pubblico è contrassegnato soprattutto dalla veste che lo Stato assume, e che a sua volta è conseguenza della natura dell'attività e del bisogno per cui interviene lo Stato ²⁾.

126. Naturalmente l'attività finanziaria, che è necessariamente correlativa (come mezzo a scopo) alle altre forme di attività come diritto pubblico, presuppone lo Stato come tale; ma rimane però a vedere se essa sia pure di diritto pubblico anche quando abbia carattere prettamente industriale (tabacchi, sale, ecc.), e quindi la sostituzione dello Stato alla libera azione dei privati non sia indicata dall'insufficienza dell'azione privata individuale. L'applicazione del nostro concetto porterebbe a preferenza a una soluzione negativa. In quest'ultimo caso infatti lo sfoggio di sovranità è assai minore: non vi è che nel collocarsi che fa lo Stato in una posizione privilegiata (monopolio legale). Ma non è questa per sè sola una condizione di cose compatibile col diritto privato? Infatti non mi pare esatta l'affermazione [ormai accolta dai più, così dal Ranelletti ³⁾ e dal Cammeo] che il sistema economico privato riposi « essenzialmente » sul principio della libera concorrenza. Se questo criterio solo, a sè isolatamente considerato, dovesse bastare, non si capirebbe più perchè il regime economico a base di monopolio (legale o no) sia perfettamente

¹⁾ RAGGI, *La teoria della sovranità*, Genova 1908, p. 290 e in *Filangieri*, 1900, p. 518 sg.; RANELLETTI, in *Rivista ital. per sc. giurid.*, XXXIX, p. 344.

²⁾ Nella teoria che ho schizzato brevemente si trovano gli elementi di alcune teorie accolte nella dottrina: specie di quella del RANELLETTI (cfr. *Riv. ital. per le sc. giurid.*, XXXIX, p. 352 e *Studi per Fadda*, II, p. 352), di cui non accolgo nella sua integrità il concetto, ma che ad ogni modo mi è apparsa una delle più chiare e meno esposte alle critiche. Quanto alle altre teorie, di molte di esse si rileva il lato debole solo che si lumeggia quale in esse verrebbe ad essere il criterio fondamentale del diritto privato. Il quale comprenderebbe, secondo le varie teorie, solo rapporti: a) economici, quindi patrimoniali; b) esperibili dinanzi al giudice ordinario; c) contenuti nel codice civile; d) tra persone private; e) escludenti un rapporto di subordinazione tra i subbietti. Ora quasi tutte queste teorie hanno un lato vero: ma nessuna è interamente accoglibile. Su alcune di esse torneremo incidentalmente appresso. Qui avverto solo che quanto alla prima è vero ad ogni modo che il diritto privato eventualmente applicabile allo Stato è unicamente quello a contenuto patrimoniale. Perciò in seguito useremo questo criterio caratteristico, ma notando fin d'ora che non è il criterio tipicamente differenziale tra i due diritti. Cfr. JELLINEK, *Sistema dei dir. pubbl. soggett.* (Milano, 1912), p. 66-67.

³⁾ *Principi di diritto amministrativo* (1912), I, p. 385; ma cfr. già in *Studi per V. Scialoja*, I, p. 725-726.

compatibile col diritto privato ⁴⁾. Ora io non so vedere in che cosa il monopolio concesso sotto forma di privativa a un privato possa differire dal monopolio che lo Stato si riserba nell'esercizio di certe attività meramente industriali: e ciò dal punto di vista, si intende, del monopolio come tale. Infatti la posizione del privato (inventore) che gode il brevetto è quella di chi si trova nella esclusiva disponibilità e usufruibilità economica a cui corrisponde una coazione negativa, quella stessa che tutela lo Stato quando si riserba uno stato di monopolio.

Nè si può dire che in quest'ultimo caso la coazione che tutela l'esclusività di esercizio è espressione del rapporto di supremazia in cui lo Stato si trova di fronte ai privati. No, perchè anche la concessione del monopolio mercè brevetto presuppone l'intervento della tutela dello Stato *erga omnes*, cioè dello Stato munito di sovranità.

Di diverso nei due casi non vi è che il subbietto tutelato: qui lo Stato, là un privato; ma naturalmente anche se si vuole ammettere che ciò costituisce un criterio differenziale decisivo, non abbiamo più che criterio differenziale sia, come ritengono il Ranelletti ed il Cammeo, il regime di monopolio (legale) in sè considerato o quello di concorrenza. Bisogna allora cercare un elemento estraneo, e ad ogni modo non basta il fatto che si tratti dello Stato o di un privato. Oggi non può più ormai cader dubbio in proposito ²⁾.

Ma si dirà ancora: lo Stato intende speculare, ma il reddito è destinato al soddisfacimento dei pubblici bisogni ³⁾. Perciò appunto,

⁴⁾ Col criterio del RANELLETTI e del CAMMEO bisognerebbe ritenere incompatibili col diritto privato la formazione e l'esercizio dei sindacati, sia industriali che operai. Su ciò cfr. la mia nota in *Foro it.*, 1901, I, 564 sg. L'illusione, un tempo realmente difesa nella dottrina, che essendo la libera concorrenza il cardine dell'attuale assetto economico, tutto ciò che la violava fosse nullo giuridicamente è ormai da tempo caduta. Quel che l'ordine giuridico garantisce agli individui di regola è la libertà astratta nell'esercizio delle proprie attitudini e attività. Quanto al resto, la legge se ne disinteressa: sino a che qualche interesse pubblico non sia offeso o minacciato. Per tal modo si può benissimo arrivare sino al monopolio di fatto, derivato o no artificialmente dall'associazionismo di coalizione. Ma quella garanzia non è assoluta. Vi possono essere dei casi in cui l'ordine giuridico ritenga opportuna una limitazione di quella libertà astratta, per modo da creare una condizione di privilegio. E se non fosse così non si capirebbe perchè la legge richieda certi requisiti di capacità per l'esercizio di certe professioni liberali, creando condizioni di privilegio che nessuno ha mai ritenuto incompatibili col diritto privato, e quindi colla natura del diritto privato propria dell'esercizio di quelle professioni. Con noi il GIANNINI, *Trattato di diritto postale*, 1912, p. 112.

²⁾ Cfr. Cass. Roma, sez. un., 23 marzo 1912, *Foro*, 1912, 591. Del resto è molto istruttivo in questo senso l'art. 1 della legge sulle privative, confrontato coll'art. 1, regol. 21 sett. 1862, sul servizio postale. Cfr. RANELLETTI, negli *Studi per V. Scialoja*, I, p. 723.

³⁾ Anche questo concetto è molto diffuso. Cfr. LEROY, *Les transformations de la puissance publique*, 1907, p. 132.

anche dal nostro punto di vista rientra nel diritto pubblico ¹). Ma veramente dal nostro punto di vista non è, questa attività industriale, un'attività resa necessaria allo Stato per sostituire la deficiente azione privata; benchè il monopolio non ne faccia neppure, a tutta prima, un'attività esercitata accanto a quella dei privati ²). Lo scopo (soddisfazione di un pubblico bisogno, per cui occorranzo mezzi finanziari) qui non pervade essenzialmente l'attività industriale dello Stato, senza esserle estraneo tuttavia. Non lo pervade, perchè se è attività industriale dovrà necessariamente essere gerita col criterio edonistico della privata speculazione: ottenere il massimo reddito col minimo sacrificio; tanto più che l'attività in questione non è destinata al soddisfacimento di un bisogno pubblico essenzialissimo e primario, a cui l'iniziativa privata non possa provvedere, e per cui occorra l'intervento suppletivo o integrativo dello Stato che abbia a provvedere necessariamente, anche con propria perdita. Manca insomma quell'elemento cooperativo e altruistico che vedremo più avanti. Siamo, cioè, in pieno diritto privato ³).

127. Quanto al servizio di trasporto della corrispondenza (il servizio postale: al quale va parificato il servizio telegrafico e il telefonico) per natura sua non sarebbe caratteristicamente di diritto pubblico: non ho bisogno di ricordare le origini puramente private di questo servizio, che si poteva un tempo concepire come un contratto di trasporto: così come per il trasporto ferroviario ecc. di merci. Si può quindi senz'altro ritenere che, in sè e per sè considerato, a prescindere dalla figura giuridica di chi oggi ha assunto questo servizio, questo è un rapporto di cui, senza dire che sia fondamentalmente di diritto privato, perchè con ciò pregiudicheremmo la soluzione del problema, possiamo però sempre dire che non è di quelle attività o funzioni che non possono essere esercitate che dallo Stato ⁴).

¹) Non è ad ogni modo di questo avviso il JELLINEK, cit., p. 70, pel quale il monopolio dei tabacchi rientra nel diritto privato, disciplinato com'è non pel conseguimento di interessi pubblici generali, ma per scopi fiscali.

²) Questa formula « accanto » o « in luogo » (cfr. sopra) va intesa non alla lettera, ma riferita al rapporto tra il bisogno cui si provvede coll'attività in questione, e la capacità dell'iniziativa privata di soddisfarlo. Il monopolio elimina il concorso (« accanto »), ma può essere sempre escluso il criterio di una integrazione di insufficienti iniziative private, come è sempre trattandosi di una attività puramente industriale.

³) Col testo cfr. RANELLETTI, *Principi*, cit., p. 260, alla cui trattazione sullo scopo collettivo primario o secondario, diretto o indiretto, aderisco pienamente.

⁴) Conf. il FORTI, op. cit., col. 417. Anche il GABBA, *Questioni di dir. civ'e*, 1882, p. 127, annovera il servizio postale tra le attività economico-patrimoniali assunte dallo Stato, ma che potrebbero benissimo costituire aziende private « senza che venisse menomata l'integrità dell'ente Stato... ». Perciò il GABBA sottopone

È perciò che alcuni, partendo dal concetto della natura non essenzialmente statale del servizio postale in sè considerato e dal suo carattere di attività patrimoniale, concludono per l'applicazione pura e semplice del diritto privato. Così il Gabba, il quale erige a regola che tutte le relazioni d'indole non solo patrimoniale, ma tendenti altresì direttamente a uno scopo patrimoniale poste in essere dallo Stato per mezzo dei suoi funzionari con private persone vogliono essere regolate cogli stessi principi di diritto privato, come se fra privati e privati intercedessero. Il Gabba se ne occupa per il problema della responsabilità dello Stato pel fatto dei funzionari. Ma la generalità di quella formula mi induce a ritenere che applichi il diritto privato anche quanto al tipo negoziale del rapporto che mediante il funzionario postale o telegrafico o telefonico si attua tra lo Stato e il privato.

Ma questo criterio del carattere patrimoniale, come sappiamo, è insufficiente; e d'altra parte ci sembra che il Gabba non abbia tenuto conto di altri importanti elementi, in cui si rivela l'intervento della sovranità, e che determinano l'assunzione di questo servizio per parte dello Stato, con carattere di monopolio. Infatti, secondo altri questi elementi del diritto pubblico avrebbero tale potere assorbente, da sottrarre completamente il rapporto che intercede tra lo Stato (Amministrazione delle Poste) e il cittadino che delle Poste si serve al diritto privato. Così il Forti ¹⁾, secondo il quale sarebbe questo un negozio di diritto pubblico. Sarebbe uno di quei negozi che danno luogo, secondo la terminologia proposta dal Forti ²⁾, e sulla quale faccio tutte le mie riserve, a un diritto prevalentemente pubblico, come quello che ripete la natura pubblica dall'intervento dello Stato, e non dalla natura del rapporto. Nello stesso ordine di idee sono tra noi, come s'è visto, il Romano ³⁾, e il Cammeo. Il Cammeo ⁴⁾, invoca qui principalmente la tradizione storica, oltre che la gestione in condizione di monopolio (argomento del cui scarso valore dimostrativo

senz'altro questi rapporti al diritto privato. Il ROMANO, in ORLANDO, *Trattato*, I, p. 219, osserva addirittura che la figura giuridica del rapporto è identica a quella derivante dal contratto privato di trasporto e di deposito.

¹⁾ Op. cit., col. 418. Al FORTI rinvio per alcune citazioni della dottrina tedesca. Cfr. ancora in *Filangieri*, 1902, p. 121. Così pure il RANELLETTI, in *Studi per F. Scialoja*, I, p. 729.

²⁾ Op. cit., nota 5.

³⁾ *Teoria dei diritti pubblici soggettivi*, nel *Trattato* dell'ORLANDO, I, p. 219 (« l'impostazione, la custodia, e in ispecial modo la consegna della corrispondenza, massime per quanto riguarda il recapito a domicilio, e la questione di responsabilità che ne derivano, vanno considerate dal punto di vista del diritto pubblico amministrativo »). Cfr. pure *Principii* (n. 391-392).

⁴⁾ *Commentario della legge sulla giustizia amministr.*, cit., p. 204-205.

già s'è visto); e inoltre la natura del compenso che ha la forma di tassa, cioè è inferiore al costo del servizio in istato di concorrenza ¹⁾.

Su quest'ultimo argomento portato in campo non dal solo Cammeo, per escludere questo rapporto dal diritto privato, torneremo brevemente appresso; si tratta di un punto per noi importante: in quanto mirerebbe ad escludere anche l'esistenza di due prestazioni avvinte da rapporto di onerosità, cioè di scambio. Con ciò sarebbe eliminata qui ogni parvenza di un rapporto sinallagmatico come quello che normalmente scende dal contratto di lavoro.

Ad ogni modo, anche eliminato questo argomento dedotto dalla natura del compenso, sta la natura di diritto pubblico del servizio che stiamo esaminando. Certo: questo è uno dei rapporti di diritto pubblico pel quale vigono molti principî che sono stati elaborati ad occasione del diritto privato ²⁾. Ma è a parer mio altrettanto indubbio — dal punto di vista da cui ci siamo collocati per distinguere diritto pubblico e privato — che il rapporto giuridico è di diritto pubblico. Basta pensare che la signoria che lo Stato ha su tutto il territorio lo mette in grado di soddisfare il servizio postale meglio di qualunque privato, e quindi lo autorizza a sostituirsi all'azione privata, per indurre la natura di diritto pubblico di questa attività statale.

Però tutto ciò va inteso, quanto al servizio postale, limitatamente alle lettere, pieghi, cartoline e biglietti postali; mentre il trasporto dei pacchi postali (v. art. 1 legge 10 luglio 1881), come quella dei vaglia postali, è fatto in concorrenza coll'industria privata. In questo senso la Cassaz. Roma a sez. unite ³⁾. Qui, dunque, la Cassazione ammette che il compenso pagato allo Stato non è tassa, ma vero corrispettivo; che le controversie relative cadono sotto quella peculiarissima dell'art. 54 C. proc. civ. Prescindendo qui dalla questione relativa alla natura del compenso, questa distinzione pare a me esattissima e diretta conseguenza del criterio differenziale da noi accolto e riconosciuto così autorevolmente dalla Corte Suprema di Roma.

Che lo Stato cerchi di imprimere carattere industriale al servizio postale, per trarne maggior reddito possibile, è anzitutto per sè non incompatibile con una attività di diritto pubblico, come poi accenneremo ancora; e inoltre vi si allea la ragione, per sè sufficiente, che

¹⁾ Il LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 323, ammette il « contratto postale », come tipo proprio autonomo di contratto di lavoro, non pel nome ma per la qualità del debitore del lavoro. In genere nel trattato del LOTMAR questa parte relativa ai rapporti tra diritto pubblico e privato relativamente al contratto di lavoro è trascurata.

²⁾ Del resto il ROMANO osserva, *Teoria*, cit., p. 219, che moltissime regole del diritto privato (deposito, trasporto) trovano anche qui la loro applicazione.

³⁾ 23 e 28 marzo 1912, *Foro*, 1912, I, 588.

ha determinato l'assunzione del servizio postale: che non è puramente fiscale, come s'è visto. E questo vale anche per le ferrovie dello Stato. Per me propendo qui pure a credere che si tratti di un servizio pubblico che rientra nel diritto pubblico: lo Stato gerisce le ferrovie perchè ha ritenuto (a torto o a ragione, questo è altro affare) insufficiente l'iniziativa libera dei privati ¹⁾ come esiste, ad es., in America, in cui è la concorrenza il freno esclusivo di quelle iniziative: non fu certo un intento fiscale, perchè lo Stato sapeva benissimo di fare, in questo senso, un magrissimo affare. E perciò appunto lo Stato, col suo potere sovrano, è intervenuto collocandosi in una situazione di privilegio, ed escludendo in massima i privati, o ammettendone la iniziativa solo entro confini molto precisi e limitati ²⁾).

Del resto ricorderò che la dottrina e la giurisprudenza tendono ormai a riconoscere agli agenti ferroviari la qualità di « pubblici funzionari », coll'effetto, ad es., che essi possano percepire certe indennità di missione ai pubblici funzionari concesse ³⁾).

128. Altri casi a tutta prima dubbi non mancano. Ma prima di procedere in questa rapidissima rassegna bisogna osservare che il carattere di diritto pubblico, proprio dell'attività statale nel caso che abbiamo visto, in genere si espande su tutti i rapporti giuridici che possano essere considerati come i mezzi mediante i quali quell'attività è posta in essere. Essi sono attratti dal nocciolo di quell'attività, così come l'accessorio segue il principale; troppo è intima la connessione tra essi e lo scopo che lo Stato si propone di raggiungere col loro mezzo, perchè si possano ritenere assoggettati al diritto privato comune. Del resto quasi sempre si è sentito il bisogno di disciplinare con norme speciali, che si staccano dal diritto privato comune, quei rap-

¹⁾ GASCA, *L'esercizio delle strade ferrate*, I, p. 8-9. Perciò il FAGGELLA, forse troppo assolutamente, ha ritenuto che è servizio pubblico, spettante di diritto allo Stato: in *Rivista dir. comm.*, 1911, II, 725. Invece è erroneo, o per lo meno improprio, assegnare al diritto pubblico il servizio ferroviario gerito da privati, quando non si tratta di una concessione fatta dallo Stato, cioè di un servizio pubblico statale (cfr. appresso). In senso contrario Cass. Palermo, 18 marzo 1913, *Contr. lav.*, 1913, 251. Veramente la sentenza si è ispirata al compianto Gianturco, che nella relazione al progetto di legge sulle concessioni di ferrovie ai privati (9 febbraio 1907) riconnetteva il carattere di diritto pubblico e quindi (secondo il Gianturco) la scomparsa di una semplice locazione d'opera al rapporto di impiego colle società assuntrici, a cui lo Stato imponeva l'obbligo dell'equo trattamento. Ma questa disciplina imposta dallo Stato non basta a caratterizzare il diritto pubblico.

²⁾ Contro cfr. GABBA, cit. p. 128, e JELLINEK, cit., p. 70, il quale rileva che il trasporto ferroviario è gerito anche per ragioni fiscali. Cfr. invece RANELLETTI, in *Giurisprudenza ital.*, 1894, I, ult. cit.; FORTI, in *Filangieri*, 1912, p. 121.

³⁾ In questo senso, e per l'esplicito riconoscimento della più ampia qualità di « impiegati dello Stato » agli agenti ferroviari, cfr. App. Roma, 15 dicembre 1912, *Contr. lav.*, 1913, n. 183.

porti: il che, per sè solo, non è veramente un sintomo che riveli il diritto pubblico, perchè i rapporti di diritto privato dello Stato sono pure retti da norme di diritto privato singolare. Come adunque in un rapporto giuridico il diritto pubblico, se vi è, domina interamente (e lo vedremo), così esso disciplina integralmente tutta la sfera di rapporti che si riannodano intorno a quel nocciolo centrale, vero protoplasma animatore.

E si noti: ciò è vero anche se la sovranità, come *imperium* signorile e coercitivo, in uno di quei rapporti si riduca a una quantità minima. Non è inverosimile, infatti, che per attuare quello scopo pubblicistico lo Stato ricorra a mezzi, a rapporti che vivono pure, e largamente, e prima che nel diritto pubblico, nel diritto privato. E non basta: come s'è già visto, la sovranità è sempre sovrapposizione agli individui, e questo carattere si rivela sempre, non foss'altro nel fatto che dei mezzi per raggiungere un dato scopo pubblicistico sia giudice lo Stato. Ma non in tutti gli atti onde consta la complessa attuazione di quello scopo l'imperio si rivela nella sua forma più evidente di coazione sulle persone, diretta a ottenere da esse delle prestazioni: e così la sovranità può informare in genere, come preordinazione ai privati, ed esclusione della loro libera iniziativa, tutta la complessa gestione diretta all'attuazione dello scopo pubblicistico, senza per altro che essa, come coazione sull'individuo, cioè come manifestazione sensibile di sovranità, si riveli in uno dei rapporti che pure rientrano in quella gestione. È come dire che in esso esula la sovranità, ma tuttavia è parte integrante e inseparabile di un tutto dominato dalla sovranità, come esclusione della iniziativa individuale, e affermazione coercitiva della volontà statuale. Perciò è diritto pubblico esso pure ⁴⁾. È quanto vedremo più avanti (n. 130). Può domandarsi se quell'intimità di collegamento presupponga proprio che la prestazione di lavoro, mediante cui si concorre all'attuazione dello scopo pubblicistico, sia posta in essere sotto la guida diretta dello Stato (lavoro subordinato: qui si affaccia la figura dell'organo), oppure indipendentemente da questa guida, in modo autonomo. Come si vede, si ripresenta anche qui quella che è la massima e fondamentale distinzione nel tema del « contratto di lavoro ». Lo Stato (e come lui la Provincia o il Comune) può raggiungere lo scopo pubblicistico (cui intende provvedere sovrapponendosi all'iniziativa individuale) o con un'attività propria, esercitata a mezzo di agenti da lui dipendenti, con mezzi da lui acquistati, con un'azione diretta (in economia, come si direbbe per un'azienda privata) e a suo rischio e pericolo; oppure delegando il

⁴⁾ Tra i più recenti scrittori su questo argomento si è sentito il bisogno di limitare il concetto di sovranità, ammettendo che esso non penetra in tutti gli atti della funzione amministrativa. Cfr. RAGGI, op. cit., p. 264.

raggiungimento di tutto o di parte dello scopo a privati, mediante una concessione. Locazione di opere, e locazione di opera, si direbbe in pieno diritto privato, trattandosi di una prevalente *faciendi necessitas*.

Ora, che il carattere pubblicistico pervada l'attività accentrata nello Stato, non vi può esser dubbio, benchè anche qui (cito per tutti lo stesso rapporto che lega lo Stato agli agenti per mezzo dei quali lo Stato agisce) nella dottrina sussista qualche oscillazione. Ma il dubbio si può legittimamente affacciare per l'altra ipotesi, sia che essa si riferisca a un'attività continuativa (gestione di un servizio pubblico concesso a terzi), o non continuativa (appalto di lavori pubblici). Ora, in via generale parrebbe a tutta prima che si debba propendere per il diritto privato. Il semplice fatto che lo Stato riversa su privati i rischi della gestione necessaria per il raggiungimento di quello scopo dimostrerebbe che lo Stato si affida all'impero del diritto comune, dando alla gestione un carattere industriale: infatti in quei casi lo Stato si colloca di fronte all'aspirante alla concessione così come farebbe un privato che appaltasse ad altri l'esecuzione di un *opus*. Tuttavia mi pare che questo concetto economico del minimo mezzo, così caratteristico del diritto privato, non sia incompatibile col diritto pubblico, così come il regime coattivo del monopolio non è, viceversa, incompatibile col diritto privato. Certo la visione del miglior possibile raggiungimento dello scopo pubblicistico prepondera sopra ogni altro criterio, perchè è lo scopo che si propone essenzialmente lo Stato. Ma fin che si può con quello il buon governatore della cosa pubblica cercherà di coordinare il principio economico del minimo mezzo (così nel servizio postale e telegrafico, ecc., e ferroviario); il riguardo ai contribuenti, non foss'altro, lo esige. E chi vorrà negare che oggi, in qualche caso, questo criterio prevalga tuttavia su quello?

Perciò è pur sempre lo scopo con cui l'attività affidata al privato concessionario è pur sempre intimamente collegato che prevale, anche in questo caso. Sia il lavoro subordinato come quello autonomo non sono che mezzi per l'attuazione di uno scopo di diritto pubblico; questo fa sì che il privato lavoratore sia assunto sotto le grandi ali del diritto pubblico ¹⁾.

129. Vediamo, molto succintamente, e senza la pretesa di esaurire l'argomento, ma solo per accennarvi e in quanto la cosa interessa direttamente il nostro argomento, l'applicazione di questi concetti: e

¹⁾ Entro questi limiti va intesa l'assegnazione al diritto pubblico della gestione dei servizi pubblici concessa a privati. Per l'affermativa in genere Cons. di Stato 21 maggio 1909, *Giur. ital.*, 1909, III, 458; Cass. Roma, sez. un., 11 gennaio 1910, *Riv. dir. pubbl.*, 1910, II, 279. Del resto su ciò rinvio al BIONDI, e al CAMMEO, l. ult. cit. Cfr. invece Trib. Roma. 27 gennaio 1913, *Contr. lav.*, 1913, 284.

anzitutto, quanto alla gestione affidata in modo autonomo a un privato, col sistema delle concessioni.

Qui ci si affaccia la concessione o appalto di esattoria: essa non è se non l'attività, delegata a un privato, diretta a quella finalità in cui domina la sovranità e il diritto pubblico, che è la riscossione delle imposte. Più avanti vedremo se, posto che vi si debba riconoscere un contratto, si tratti di un vero e proprio contratto di lavoro. Certo è, che col criterio a cui io aderirei, si tratta di un rapporto di diritto pubblico ¹). E già che sono su questo argomento ricordo anche la concessione del servizio di tesoreria che è dallo Stato affidato alla Banca d'Italia. Qui però vi è una difficoltà data da ciò, che la Banca d'Italia non persegue esclusivamente questo scopo; pel resto, come Banca, certamente rientra nel diritto privato. In applicazione al nostro concetto dovremmo ritenere che l'attività esercitata da questi privati sia di diritto pubblico limitatamente alle funzioni che dallo Stato sono state delegate ²). D'altra parte non si può disconoscere che si tratta di privati, i quali queste funzioni assumono per un proprio intento di speculazione ³): ma noi sappiamo già che non è questa una caratteristica che possa contraddire alla qualità di diritto pubblico.

¹) Quanto al contratto di esattoria il JELLINEK, cit., p. 69, ritiene assorbente l'elemento patrimoniale di speculazione: quindi di diritto privato. Questo elemento è stato energicamente affermato dalla Cass. Roma, sez. un., 22 giugno 1912, e 5 febbraio 1912, *Foro*, 1912, 1133 e 279, che nega il trasferimento all'esattore della facoltà di riscuotere tributi menomi la natura eminentemente civile del contratto di esattoria. Si dimentica però l'importanza di qualche indice, come la giurisdizione amministrativa, qui ammessa.

²) Cfr. FERRARA, op. cit., p. 359. Quanto alla Banca d'Italia la Cass. Roma, sez. un., 25 febbraio 1908, *Foro*, 1908, 274, afferma il carattere pubblicistico e quindi, ad. es., l'insindacabilità giudiziaria dei provvedimenti disciplinari a carico degli impiegati. Contro, cioè per la natura di diritto privato, BELFIORE, *Foro it.*, 1908, I, 676 sg.: una società commerciale non partecipa alla sovranità pubblica solo col gerire un pubblico servizio. Per il BIONDI, cit., p. 286, il rapporto tra concedente e concessionario (la Banca) sarebbe di diritto pubblico; e di diritto privato invece quello tra la Banca e gli impiegati. La difficoltà non è però con ciò superata per le medesime ragioni che ci fanno ritenere di diritto pubblico il rapporto dei pubblici funzionari collo Stato. Per la Banca la qualità di diritto pubblico dovrebbe però essere limitata strettamente all'attività relativa a questo servizio. Ciò complica singolarmente la situazione quanto al rapporto cogli impiegati; io credo (quanto a questo rapporto cogli impiegati addetti al servizio di Tesoreria) che trattandosi di un rapporto solo mediato, che cade interamente nella sfera della Banca, questo sia non già di diritto pubblico, sia pure limitatamente all'attività connessa con quel pubblico servizio, ma di diritto privato.

³) Questa è probabilmente la ragione per cui i più assegnano questo rapporto prevalentemente al diritto privato. Es. la stessa Cass. Roma, 25 febbraio 1910, *Foro it.*, 1910, I, 345.

Quanto all'appalto di lavori pubblici, si tratta di un rapporto che si è sviluppato specialmente col diritto privato: le stesse prestazioni di lavoro, lo stesso corrispettivo obbligo di retribuzione di un compenso, e, schematicamente, alcune delle stesse cautele a garanzia dello Stato si ritrovano pure nei rapporti tra privati.

Perciò fu detto che qui abbiamo un contratto di diritto privato, dove l'amministrazione si spoglia della sua veste di subbietto di diritto pubblico, cioè dove non interviene l'*imperium*: epperò *jure privatorum utitur*. Così il Forti ¹⁾; il quale aggiunge, però, che le norme del diritto privato comune subiscono alcune modificazioni perchè l'interesse pubblico (che è pur sempre lo scopo ultimo per cui lo Stato interviene) non riscontra nelle norme del diritto privato sufficienti garanzie. Il contratto di appalto, secondo il Forti, sarebbe sostanzialmente di diritto civile: ma in esso lo Stato (appunto per quel motivo) gode alcuni privilegi: ed ecco l'appalto per opere pubbliche, colle norme sue caratteristiche contenute nella legge sui lavori pubblici, ma non tali da sottrarre nel suo complesso il contratto (che noi consideriamo solo in quanto prevalga la *faciendi necessitas* per modo che sussista, pel diritto privato, contratto di lavoro) al campo del diritto privato. Sarebbe insomma un rapporto di diritto privato, di cui fanno parte alcuni elementi di diritto pubblico: « perchè l'utilità pubblica a cui mira il rapporto può solo spiegare le eccezioni contenute nella legge sui lavori pubblici, le quali esorbitano dal limite di un puro diritto civile » (Forti).

Tuttavia la più recente dottrina tende a favorire l'opinione che si tratti di un rapporto di diritto pubblico. E secondo me a ragione. Naturalmente non potrei approvare una teoria assoluta, nè in un senso nè nell'altro. Infatti dominano teorie eclettiche. Il Cammeo che dapprima, senza dimostrarlo, aveva sollevato un dubbio ²⁾ sulla teoria comune che vi vede un contratto di diritto privato, data la sua prevalente patrimonialità: poi più chiaramente ³⁾ distinse appalti di lavori senza o con trasmissione di pubblici poteri (diritto di espropriare; di esigere tasse, ecc.). In quest'ultimo caso avremmo un rapporto di di-

¹⁾ Op. cit., col. 405.

²⁾ In *Giurispr. ital.*, 1900, IV, col. 6-7. Un argomento portato a favore del carattere di diritto pubblico è che l'appaltatore ha l'obbligo, non il diritto a compiere l'opera, potendo l'amministrazione toglierlo. Ma ciò è, entro certi limiti, vero anche pel diritto privato, cfr. art. 1641, e cfr. PRESUTTI, in *Rivista di dir. pubbl.*, 1912, II, 182 sg., che è d'accordo quanto alla natura pubblicistica (p. 195).

³⁾ *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, 1911, p. 203. In quest'ultimo caso pel CAMMEO vi ha diritto privato perchè è una gestione economica, non solo, ma è tale che in essa lo Stato si sottopone alle regole della concorrenza. Su questo criterio cfr. avanti.

ritto pubblico, cioè la concessione di lavori pubblici (es., costruzione di strade; il rapporto giuridico complesso tra l'esattore e l'amministrazione pubblica, ecc.); invece nel primo (fornitura di vestiario, di pane, ecc., per l'esercito) un rapporto di diritto privato.

Ancora: il Raggi, applicando il suo criterio differenziale basato sulla sovranità (*imperium*) ritiene di diritto privato l'appalto di strade se il Comune è obbligato a pagare l'appaltatore con tutte indistintamente le sue entrate, di diritto pubblico se interviene l'*imperium*, cioè se alle strade si provvede d'ufficio dal Prefetto; allora il Comune è obbligato col fondo speciale per le strade di cui alla legge del 1868 ¹⁾. Qui vi è *imperium*, là no. Invece il Ranelletti ²⁾ ricorda come colle « concessioni » di lavori pubblici lo Stato (e la cosa è vera anche per gli altri Enti antarehici) operi per l'interesse pubblico, e quindi come autorità (atti di impero). A differenza dal Forti siamo qui, se non erriamo, in presenza di una teoria assoluta.

Per me, come si rileva dal fin qui detto, le concessioni di lavori pubblici sono di diritto pubblico quando con esse lo Stato si surroghi all'iniziativa privata, che esso consideri come inadeguata pel soddisfacimento di un pubblico bisogno, non quando lo Stato agisce come un privato, relativamente ai proprii beni patrimoniali. Non basta l'interesse pubblico ³⁾, che esiste sempre in qualunque manifestazione attiva dello Stato. Si vegga, ad es., la costruzione e manutenzione delle strade pubbliche: un tempo era il privato che vi provvedeva, sia pure con privilegi largitigli dallo Stato ⁴⁾. Oggi è lo Stato (rispettivamente la Provincia e il Comune) che si è riserbato di provvedere alle strade nazionali (risp. provinciali e comunali, art. 30, 37, 39 legge sui lavori pubblici), sostituendosi ed escludendo per ragioni varie di interesse pubblico l'iniziativa privata, limitata alle strade vicinali ⁵⁾.

Lo stesso è a dire per appalti di forniture, ogniquale volta ricorra il medesimo criterio di sostituzione ed esclusione della libera iniziativa privata.

¹⁾ In *Filangieri*, 1900, p. 819.

²⁾ In *Giurispr. ital.*, 1894, IV, col. 62, il quale alla domanda dove qui si annidi il « *commando* » (impero) risponde che si gerisce l'interesse pubblico permettendo, oltre che comandando. A me pare che in tal guisa sia girata la questione.

³⁾ I el resto il RANELLETTI ha di prosiegno modificata la sua teoria, riconoscendo insufficiente questo criterio: cfr. *Polizia di sicurezza*, n. 23; e in *Studi per Scialoja*, I, p. 725 seg.

⁴⁾ MANTELLINI, *Lo Stato e il Cod. civile*, II, p. 522.

⁵⁾ Che vi sia trasmissione di poteri di sovranità al concessionario o appaltatore potrà essere un ulteriore indice che conferma il carattere di diritto pubblico; ma non è elemento indispensabile, può mancare, senza che, dal nostro punto di vista sempre, non soffra il carattere di diritto pubblico.

130. Passando ora alla gestione diretta, abbiamo qui in generale il rapporto tra lo Stato e i suoi impiegati. Questo a tutta prima non si può certo considerare come uno di quelli che sono caratteristicamente di diritto pubblico. L'impiegato dello Stato suppergiù deve esercitare mansioni molte delle quali sono identiche a quelle che esercitano gli impiegati di private amministrazioni. E lo stipendio pagato dallo Stato è un corrispettivo così come quello pagato dalle amministrazioni private ai loro impiegati.

Questo sarebbe l'elemento economico-patrimoniale, indubbiamente importante in quest'ordine di rapporti, e dalla fusione di questo elemento eminentemente economico-patrimoniale che è il diritto a una retribuzione per il lavoro prestato, colla prestazione di questo lavoro scaturisce, almeno a prima vista, il sinallagma proprio del contratto di lavoro. Questo appare chiaro dalla definizione dell'Orlando ⁴⁾: è impiegato dello Stato chiunque abbia assunto l'obbligo di prestare l'opera sua in servizio dello Stato medesimo, mediante una retribuzione sul bilancio, e facendo del servizio pubblico la sua professione, cioè dedicandovi permanentemente la sua attività fisica ed intellettuale, al fine di ritrarne i mezzi di sussistenza economica ⁵⁾.

D'altra parte è innegabile che a questo elemento puramente economico-patrimoniale (che da sé non può essere, come vedremo, criterio distintivo tra il diritto privato e il pubblico) se ne aggiunge un altro che pervade largamente questa categoria di rapporti.

Infatti, è vero che gli atti che l'impiegato compie singolarmente considerati, cioè presi non nel loro insieme, ma isolatamente, sono atti che compie perfettamente anche l'impiegato di una privata amministrazione. Ma — oltrechè, come già vedemmo sopra a più riprese, questo indice desunto dalla natura intima delle prestazioni di lavoro è pericoloso ed irrilevante — è anche vero che sintetizzando questa attività dell'impiegato possiamo trovare che essa è o l'esplicazione di una delle multiformi attività in cui si rivela la sovranità dello Stato, nel significato che noi sopra abbiám visto (ad es. l'amministrazione della giustizia, la difesa militare, la riscossione dei tributi e via dicendo);

⁴⁾ *Principi di diritto amministrativo*, p. 90-91.

⁵⁾ Si ha insomma, come osserva benissimo il CHIRONI, *Colpa contratt.*, p. 477, « quello scambio di servigi, che non è caso particolare a questa, bensì fine generale d'ogni civile contrattazione ». La considerazione soverchiamente unilaterale di questo elemento comune ai rapporti di diritto privato ha ingenerato la teoria che vede nel rapporto tra lo Stato e l'impiegato un rapporto di diritto privato che « subisce temperamento per virtù del diritto pubblico » (GIAQUINTO, *Teoria gener. della responsabilità e sua applicazione agli enti pubblici*, 1909, p. 171). Dell'opinione di un rapporto di puro diritto privato, del resto mai affacciata in questa crudezza, possiamo non occuparci. Cfr. MEUCCI, *Istit.*, p. 184-185 e i vecchi commentatori del Cod. civ. francese.

oppure non è se non l'esplicazione di un'attività statale di carattere meramente economico (regia dei tabacchi, del sale, del lotto, ecc.)¹⁾. È insomma la vecchia, e da alcuni (a torto, secondo me) combattuta distinzione tra attività statale *jure gestionis* e *jure imperii* che torna fatalmente a galla. Sia con la prima che con quest'ultima lo Stato conserva la sua qualità di ente pubblico. Ma la sua attività è differente nei due casi, perchè coll'una di esse (gestione privata) lo Stato non si sostituisce alla deficiente libera azione privata, pel soddisfacimento di un pubblico bisogno. Colla gestione *jure imperii* invece abbiamo l'attività di diritto pubblico come l'intendiamo noi.

Ora: il rapporto di impiego sarà evidentemente di diritto pubblico solo quando attua questa attività di diritto pubblico²⁾; nell'altro caso è rapporto che appartiene al diritto privato. Dire che questa distinzione non ha ragion d'essere, come sembra ritenere la citata Corte Suprema di Roma (14 aprile 1914), è disconoscere che la sovranità, come preordinazione ai privati per ragioni di pubblico interesse, non ha luogo che nella prima categoria di rapporti. Dato il nostro concetto del diritto pubblico e del privato questa distinzione si impone.

Dato questo criterio, tutti gli agenti a mezzo dei quali lo Stato attua i suoi scopi pubblicistici sono legati allo Stato da un rapporto di diritto pubblico. Che nella prestazione affidata all'impiegato rientri o no l'esercizio di un potere sovrano, non importa nulla³⁾. Si noti,

¹⁾ A questa distinzione in sostanza si ispira il DUBIEF, *Legislation du travail*, 1905, p. 8, che distingue: a) funzionari, i quali detengono una particella di potestà pubblica; b) impiegati e operai (dello Stato), che sono agenti di gestione, non di autorità: qui vi sarebbe vera locazione d'opera, e l'estensione della legislazione sociale protettrice del lavoro. Questa conclusione dimostra che quella distinzione non è completamente esatta. Se è esatto, infatti, distinguere la attività pubblica da quella di semplice gestione patrimoniale, è erroneo collocare impiegati e operai in modo assoluto in questa seconda categoria. Vi sono impiegati, anche operai, il cui rapporto rientra nel diritto pubblico per le ragioni esposte nel testo. Recentemente però la Cass. Roma, Sez. unite, 14 aprile 1914 *Foro ital.*, 1914, 1, 531, ha proclamato « empirica, artificiosa, necessariamente confusa e non netta, antiscientifica e antiggiuridica » la distinzione tra gestione patrimoniale e gestione signorile. Mi nasce il dubbio che la Corte suprema si sia lasciata trascinare dalla necessità di non distinguere quanto alla responsabilità dello Stato.

²⁾ Noto qui per incidenza che la delimitazione tra impiegato dello Stato di diritto pubblico o privato può avere importanza pratica anche quanto, ad es., alla facoltà di organizzazione sindacale (cfr. LEROY, op. cit., p. 128), oltre che per altre ragioni (non ad es. quanto all'applicazione della legge sulla pignorabilità degli stipendi).

³⁾ Il CHIRONI (in conformità del MEUCCI, *Titit*, p. 191) distingue (*Colpa contrattuale*, p. 483) tra funzionari « che esercitano funzioni alte » (ai quali è rilasciata una certa indipendenza nell'esercizio delle loro mansioni, nell'apprezzamento delle circostanze ecc.), e i funzionari cui spetta l'ufficio di esecutori. Ai primi spetta

a tal proposito, che anzitutto un impiegato può essere autorizzato all'esercizio di poteri di sovranità, malgrado nella determinazione del suo rapporto collo Stato non entri affatto il diritto di sovranità dello Stato. E in secondo luogo che le prestazioni degli agenti sono di varia natura; esse vanno da un massimo di questo esercizio (i ministri, le guardie di pubblica sicurezza, i prefetti, ecc.) alla assenza completa di un esercizio, come è per gli « operai » o lavoratori prevalentemente manuali (arsenalotti, lavoratori nella zecca, ecc.) dipendenti dallo Stato. E, come si vede, una distinzione che non coincide con quella (su cui a suo luogo) tra « impiegati » e « salariati ». Ora dato il nostro concetto fondamentale, il carattere di diritto pubblico o privato non dipende già, lo ripeto, dalla natura intima della prestazione di lavoro, ma sibbene dalla natura di diritto pubblico o privato (inteso secondo il nostro modo di vedere) dell'attività statale che mercè questi rapporti di impiego (qualunque sia la natura del lavoro) viene attuato ¹).

Naturalmente non è mio compito esaminare quando si abbia o no, in senso lato, un agente dello Stato. Da quanto si è visto si deve trattare di lavoratore per conto e a rischio e alla dipendenza dallo Stato: il concetto di « impiegato » presuppone, come vedremo, anche il carattere duraturo delle attribuzioni: la destinazione a un servizio continuo. Tale è ad es. il giudice, ma non l'arbitro. Al qual proposito, a mio avviso, va ritenuto che la funzione dell'arbitro ha origine

la rappresentanza vera e propria, e vi ha mandato; ai secondi la rappresentanza in genere, e vi ha locazione d'opera. A prescindere dalla distinzione tra rappresentanza propria e impropria, speciale e generale che è propria del CHIRONI, e che già altrove ho combattuto, devo qui far tutte le mie riserve quanto alle distinzioni tra mandato e locazione d'opera, così come l'intende il CHIRONI: su ciò già s'è visto a suo luogo. Naturalmente, posto che noi ammettiamo nel risultato un tipo negoziale amplissimo di « contratto di lavoro » che ha ramificazioni e radici nel diritto privato ed egualmente nel diritto pubblico (contratto di lavoro di diritto pubblico), era necessario fare questa riserva. In sostanza però il MEUCCI ed il CHIRONI non distinguono tra quelle categorie in ordine alla natura di diritto pubblico o privato del rapporto: il MEUCCI le ritiene tutte di diritto pubblico. Il LEROY invece, cit. p. 130, assegna gli esecutori al diritto privato. E così pure il BOURGUIN, *L'application des lois ouvrières aux ouriers et employés de l'Etat* (1902), p. 11: appartiene al diritto privato solo il rapporto da cui esula l'esercizio di potere sovrano coercitivo sugli altri.

¹) Cosicché il rapporto tra il cantoniere e lo Stato (malgrado la definizione di cui all'art. 1 R. Decr.º 31 marzo 1874, n. 1921: « sono lavoratori salariati mensilmente per prestare l'opera loro in tutto ciò che concerne il mantenimento e la sorveglianza delle strade nazionali ») è di diritto pubblico. Del resto (sebbene ciò per sé solo non sia un indice sufficiente) a questi cantonieri vi ha trasmissione di poteri sovrani (quanto alla polizia stradale). Da ciò l'obbligo del giuramento (Regol. 15 nov. 1868, u. 1697). Ciò prova che la trasmissione di poteri di sovranità non dipende dalla natura delle prestazioni di lavoro.

in un contratto (compromesso) a cui lo Stato rimane completamente estraneo, e in cui non è questione di una giurisdizione dello Stato, nè di una pretesa delega di essa ¹⁾. Il rapporto perciò (nè il Galante mi ha convinto del contrario) ²⁾, appartiene al diritto privato, e, come il Rocco pure ammette ³⁾, si tratta qui di una locazione d'opera di puro diritto privato.

Viceversa è un agente dello Stato il ricevitore del lotto: l'argomento in contrario portato dalla Cass. Roma ⁴⁾, secondo cui è impiegato solo chi riceva uno stipendio, e tale non è l'aggio riscosso dal ricevitore, abbiám già visto non avere alcun valore ⁵⁾. E infine è indubbiamente un agente dello Stato l'ufficiale giudiziario, la cui opera di accertamento è l'attuazione di un servizio eminentemente statale ⁶⁾: anche qui, quanto alla special natura della loro remunerazione, già s'è visto a suo luogo.

131. In tutti i casi adunque accennati in principio, e a cui è, dal più al meno, applicabile il criterio differenziale qui accolto tra diritto privato e pubblico, nel senso che appartengano al diritto pubblico, abbiamo che una complessa posizione giuridica che concerne lo Stato (o la Provincia o il Comune) e il privato è un risultato del concorso delle volontà sia dell'Amministrazione come del privato.

A questo punto il quesito che si affaccia è se si tratti di un concorso di volontà che non si incontrano, e cioè autonome o parallele, o di volontà contrattuali.

Tre sono le ipotesi adunque:

a) Dichiarazioni di volontà perfettamente autonome, ognuna delle quali costituisce un negozio giuridico a sè, ognuno con proprii effetti giuridici.

¹⁾ Conforme CHIOVENDA, *Princ. di dir. processuale*, 1906, p. 84 seg.; GALANTE in *Legge*, 1906, 1594. C.º MORTARA, *Comment.*, III, p. 50, il quale esclude il concetto di locazione d'opera appunto per questo motivo, che vi è delegazione di funzione pubblica giurisdizionale. Così pure sono soggetti al diritto privato gli impiegati dell'amministrazione della Real Casa, Cass. Roma, 3. aprile 1906, *Foro*, 973. Quanto all'arbitro va avvertito che qui abbiamo un tipo a sè di contratto di lavoro, lavoro autonomo per eccellenza (locazione d'opera) dal momento che l'accettazione degli arbitri ha per effetto l'obbligo degli arbitri di pronunciare la sentenza nel termine stabilito, e sotto responsabilità dei danni, salvo un giusto motivo (art. 34 C. proc. civ.); e inoltre il diritto degli arbitri a un compenso. E questi sono gli elementi tipici del contratto di lavoro (cfr. CHIOVENDA, op. cit.), di cui vanno applicate le altre norme (es. recesso, art. 34).

²⁾ *Diritto process. civ.*, Napoli 1907, p. 91.

³⁾ *Sentenza civ.*, n. 16 seg.

⁴⁾ 14 febbraio 1914, *Foro ital.*, 1914, I, 543.

⁵⁾ Cfr. sopra, p. 191, nota 1.

⁶⁾ Quindi la remunerazione è impignorabile. E giurisprudenza costante: Cassazione Napoli 9 giugno 1906, *Foro ital.*, 1906, I, 857; Cass. Palermo, 5 nov. 1910, *Foro ital.*, 1911, I, 287.

b) Dichiarazioni di volontà parallele e convergenti al medesimo comune risultato (come nell'atto complesso).

c) Dichiarazioni di volontà contrattuali.

Quest'ultima costruzione, che veramente è la prima che si affaccia a un esame superficiale, è stata, come è noto, energicamente combattuta da molti e autorevoli scrittori di diritto pubblico.

Debbo però subito dichiarare che l'opposizione ¹⁾ alla tesi contrattualistica non mi ha affatto convinto. So bene che, come studioso del diritto privato, posso parere facilmente sospetto di prevenzioni contrattualistiche. Ma debbo aggiungere che non mi hanno affatto convinto gli argomenti fondati sul concetto privatistico del contratto; perciò mi pare di poter insistere con legittimo fondamento nella mia convinzione favorevole al « contratto di diritto pubblico », tanto più (e questo è quel che più monta) che, alla fin fine, è appunto qui nel concetto del contratto pel diritto privato, che si ritiene inestensibile al diritto pubblico, che risiede o dovrebbe risiedere la forza principale del ragionamento degli anticontrattualisti.

Infatti tutti ormai riconoscono oggi come insostenibile l'obiezione, che pure sarebbe l'unica veramente fondamentale e categorica, secondo cui occorrono bensì a produrre quel sinallagma che abbiamo sopra visto le volontà dello Stato e del privato; ma manca tra essi quell'eguaglianza di condizione giuridica che permette la fusione di quelle volontà in un contratto. Così sostenne un tempo (seguendo in ciò la dottrina tedesca informata ad Hegel) il Ranalletti ²⁾, che fu tra i primi in Italia a proporre il problema con molta chiarezza. Ora, non occorre che io mi diffonda su questo argomento ³⁾ che si può ormai ritenere esaurito, dopo quanto ne ha scritto il Jellinek ⁴⁾, che a mio avviso

¹⁾ CAMMEO, *La volontà individuale*, in *Giurispr. ital.*, 1900, IV, 1 sg., e *Commentario*, p. 79 sg.; ROMANO, *Principi*, p. 40 sg.; RANELLETTI, in *Giurispr. ital.*, 1894, IV, 6 sg., e le citaz. ivi; GIORGI, *Pers. giurid.*, II, n. 230, I, n. 104; GABBA, *Retroatt.*, III, p. 307. E cfr. pure esplicit. la Cass. Roma, cit. in *Foro it.*, 1912, 588.

²⁾ In *Giurispr. ital.*, 1894, IV, 62 sg.

³⁾ Il ROMANO, che nei suoi ottimi *Principi di diritto amministrativo*, combatte il concetto di un contratto di diritto pubblico, l'aveva però ammesso nella sua *Teoria dei diritti pubblici soggettivi*, cit. (ORLANDO, *Trattato*, I, p. 130): « Il contratto di diritto pubblico..... consiste nell'accettazione spontanea da parte del cittadino di uno speciale stato di sudditanza... ». E ciò applica all'impiegato. Veramente a tutta prima non si intende bene questo concetto di un contratto che si vuol vedere puramente nell'accettazione. Lo stesso ROMANO osserva poi che è un contratto diverso dal contratto privato, ad ogni modo è un contratto. Per l'unilateralità e contro il contratto, cfr. DUGUIT, *Etudes de droit public*, II, p. 397 sg.

⁴⁾ *I diritti pubbl. soggettivi*, cit., p. 366. Cade quindi l'obiezione del LONGO, cit., p. 342. Come noi, cfr. esplicitamente il CAMMEO, *Commentario*, p. 88; RAGGI, *L'atto amministrativo e la sua revocabilità*, 1904, p. 74. Esauriente mi pare in proposito il FORTI, in *Giurispr. ital.*, 1908, IV, 408 sg., n. 30 sg. Invece il vecchio preconetto ha ancora seguito in Francia. Il DUGUIT (*Le droit social et le droit in-*

ha sfatato la leggenda della impossibile armonizzabilità di due volontà di cui l'una sia assistita dalla sovranità.

Le osservazioni del Ranalletti, in senso contrario (prescindendo da quanto fu già detto da altri), non mi hanno affatto persuaso. In fondo il concetto dominante è questo: che laddove lo Stato interviene per interessi generali opera come autorità, cioè in virtù della sua sovranità; che la sovranità è rapporto di soggezione di persone allo Stato; che nell'esplicazione della sovranità lo Stato agisce da solo, il privato non ha veste alcuna per cooperare a fermare l'atto compiuto in forza della sovranità. Quindi niente contratto: si tratta di volontà di specie differente, non fusibili ad unità; il contratto presuppone forze eguali, quindi è possibile tra privati, o tra il privato e lo Stato nel diritto privato; o tra Stati nel diritto pubblico (e perchè non tra lo Stato e gli altri Enti autarchici minori?).

Ora: la premessa è assolutamente esatta e inoppugnabile. Sovranità implica subordinazione dei privati; l'*imperium* è comando, è coazione, è esercizio eminentemente unilaterale; e un atto che sia emanazione pura e semplice dell'imperio non può tollerare di essere subordinato e accoppiato all'arbitrio del privato: sarebbe una stranissima e intima contraddizione. Ciò prova che laddove si discorre di un contratto di diritto pubblico, non è possibile scorgere l'emanazione diretta della sovranità. Ma allora non vi sarà diritto pubblico? Su questo punto rinvio a quanto già ho accennato sopra (p. 338): la sovranità con cui lo Stato si sovrappone ai privati quanto all'attività necessaria per raggiungere un determinato scopo pubblico, assumendola come una funzione propria (attuata da sè direttamente o, come s'è visto, indirettamente a mezzo di un concessionario privato), compenetra in blocco questa attività dello Stato nelle sue linee generali e nel suo indirizzo. Ma ciò non presuppone necessariamente che proprio in tutti i singoli atti, i singoli mezzi di cui quell'attività confluyente a un dato scopo consta si riveli l'*imperium*: alcuni possono esserne privi, e pur tuttavia, per la loro intima correlazione con quello scopo, essere assorbiti nella cerchia di questa attività. Insomma anche qui, come in altri casi, bisogna distinguere il tutto, unitariamente considerato in ordine all'univoca destinazione a uno scopo, dai singoli elementi. Per conseguenza quella sovranità (che impone una limitazione all'attività individuale) non toglie che lo Stato possa, per taluno dei mezzi necessari a quella funzione, venire in contatto con privati senza mettere in movimento la propria sovranità quanto al modo di attuazione di quel contatto. Ciò mi sembra evidente ad es. quanto al rapporto coi proprii funzionari.

dividuel. 1908, p. 78), riduce addirittura la distinzione tra atti di gestione e di impero a quella tra atti unilaterali e contratti: gli unilaterali furono detti di impero per giustificare la pretesa eccezionale efficacia di atti unilaterali.

La libertà individuale non tollera l'imposizione coercitiva di un'assunzione di pubbliche funzioni; qui l'intervento della sovranità troverebbe un ostacolo nella legittima e statutaria difesa della libertà individuale ¹⁾. E lo stesso è per l'assunzione di lavori pubblici. Qui non vi è una volontà sovrana, ma una volontà che non può creare da sé una limitazione all'autonomia di una persona, perchè le occorre l'adesione della volontà di quest'ultima. Abbiamo insomma due volontà che si cercano, che si fondono ad unità; tal quale come per l'assunzione di impiegati privati. Il rapporto d'impiego implica, del resto, una subordinazione diversa da quella generale implicita nel rapporto di sudditanza ²⁾: essa perciò esula dal concetto stesso della sovranità ³⁾.

Il Meyer ⁴⁾, all'obiezione che è solo coll'intervento volitivo dell'impiegato che la nomina è efficace riguardo a lui, cioè riguardo alle obbligazioni (precipua quella di fare) che sono annesse alla posizione di impiegato, risponde che si può benissimo concepire una obbligazione che a una persona sia accollata indipendentemente dalla sua volontà: vi sono, ad es., obbligazioni legali. Ma il concetto di un'obbligazione legale presuppone sempre che per provvedere a una necessità indotta dalla stessa convivenza sociale ⁵⁾ — anche la locupletazione ingiusta a danno altrui può essere annoverata in questa categoria — la legge si veda costretta a sovrapporsi alla stessa volontà dell'individuo che si vuole obbligare. Chi può contestare che, perciò, obbligazioni legali non vi siano? e, anzi, con spiccata tendenza ad un aumento, reso necessario appunto dalle crescenti esigenze della convivenza sociale?

Ma da ciò ad ammettere che un caso di questo genere si verifichi sempre laddove alcuni oggi discorrono del « contratto di diritto pubblico » mi pare che ci corra.

È innegabile che a costituire taluni rapporti tra lo Stato e il privato sia — in forza dell'*imperium* — sufficiente la dichiarazione di volontà dello Stato, per modo che tra gli elementi che entrano a

¹⁾ RAGGI *La teoria della sovranità*, cit., p. 266 « i rapporti che si stringono fra Stato e impiegato non sono mai rapporti dipendenti dal diritto di sovranità ».

²⁾ E il concetto di JELLINEK, *Sistema dei dir. pubbl. sogg.*, op. e l. cit.

³⁾ Può essere, come da molti si sostiene, che a questo contratto si unisca anche un atto di sovranità, unilaterale, che sarebbe il conferimento dell'impiego: o la concessione in genere. Ma ciò non elimina la necessità che per la sussistenza di obblighi del privato la sua volontà occorra, e che quindi in ciò manchi la sovranità. Del resto non è mio compito esaminare se davvero sussiste questo atto unilaterale di conferimento della funzione pubblica (trattandosi di rapporto di impiego). Cfr. in proposito PRESUTTI, *Istit. di dir. amministr.*, I, p. 392; JELLINEK, *Sistema*, ecc., p. 105. Per conto mio debbo confessare che questo atto unilaterale di investitura ha un contenuto abbastanza oscuro.

⁴⁾ Op. cit., p. 500.

⁵⁾ Cfr. GIORGI, *Obbligazioni*, VI, p. 2 sg.

costituire il fatto generatore (l'atto giuridico: nessuno può oggi contestare che esista un atto o negozio giuridico in diritto pubblico così come in diritto privato)¹⁾ non sussista anche la volontà manifestata dal privato a cui quel rapporto si riferisce²⁾. Ma, ripeto, è certo che ciò non si verifica di regola per quei rapporti che obbligano a una prestazione di fare. Nel nostro sistema di diritto pubblico, a prescindere da quelle prestazioni coattive di fare che non sono se non la disciplina autoritativa dell'esercizio del diritto di proprietà³⁾, o la tutela coattiva di esigenze individuali⁴⁾, gli unici obblighi di fare praticamente importanti che possono essere imposti coattivamente dallo Stato, cioè per mezzo del suo *imperium*, mediante la unilaterale sua dichiarazione autoritativa di volontà, sono il servizio militare e la prestazione del giurato e della testimonianza; ma specialmente il primo: all'infuori di questi non vi sono altre prestazioni di qualche entità imposte al cittadino se non di *dare* (es. denaro⁵⁾, quadrupedi, ecc.). Salvo questi casi non esiste dunque nel nostro sistema un atto dell'amministrazione che imponga al privato l'adempimento di una prestazione di fare quando non sia intervenuto per parte del privato un atto di volontaria assunzione dell'obbligo⁶⁾: notiamo che praticamente questa adesione può essere anche la prestazione del giuramento richiesta dall'art. 3 ult. comma della legge sullo stato giuridico degli impiegati civili per gli impiegati di prima nomina⁷⁾. Non esiste oggi una legge che autorizzi il reclutamento di magistrati (lasciamo lì il caso *sui generis* dei giurati), di impiegati, così come dei militari.

¹⁾ Cfr. HAURIOT, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 543 sg.; PACINOTTI, *Il contratto di impiego*, p. 53 sg.; RAGGI, *L'atto amministrativo*, n. 23.

²⁾ Cfr. FORTI, in *Giurispr. ital.*, 1900, IV, col. 427; PACINOTTI, *L'impiego*, cit., p. 54.

³⁾ Ad es. gli obblighi imposti dai regolamenti edilizi o igienici ai proprietari di case. Cfr. FRAGOLA, *Limitazioni amministrat. del dir. di proprietà*, p. 53.

⁴⁾ Alludo qui alla prestazione scolastica, e fors'anche all'obbligo di subire la vaccinazione, ecc.

⁵⁾ ORLANDO, *Principi*, ecc., p. 93; FORTI, op. cit., col. 395; O. MAYER, *Th. d. französ. Verwaltungsr.*, p. 299 sg. Prestazioni d'opere coattive di carattere tributario sono pure previste, ad es., nella legge 30 sett. 1868, n. 4615, art. 5 sg.

⁶⁾ Perciò vien meno un presupposto di fatto su cui poggia la teoria (di origine germanica) di coloro i quali, esagerando la proiezione dell'elemento « *imperium* » sul rapporto, concepiscono unilateralmente il rapporto tra Stato e impiegati, come emanazione della pura e semplice volontà dello Stato. Il concetto della necessità imprescindibile del concorso degli impiegati per l'esercizio delle funzioni statali non conduce a questo sistema di unilateralità. ORLANDO, op. e l. cit.

⁷⁾ Quest'obbligo preliminare del giuramento potrebbe, caso mai, confermare che riguardo all'impiegato il decreto di nomina non produce per sé solo effetti quanto all'impiegato, nel senso almeno di un obbligo di fare. Veramente l'art. 3 accenna alla pena della « decadenza », se il giuramento non è prestato.

Mancando il concorso della volontà del privato, secondo il Forti, un atto dell'amministrazione che obbligasse un privato a una prestazione di fare sarebbe nullo, perchè mancherebbe all'amministrazione il potere di emanarlo ¹⁾. Più esatto è dire che l'atto amministrativo sarebbe assolutamente inefficace: inefficace come una proposta di contratto che non sia stata ancora seguita dall'accettazione. Inefficace, non nulla; non valida a produrre gli effetti giuridici da sè, ma capace di produrli in unione con l'altro elemento (volontà privata) ²⁾, senza del quale è da ritenere che a un privato si possano bensì concedere diritti ma non obblighi; o almeno non, come osserva il Forti ³⁾, quegli obblighi che non sono già un elemento puramente accessorio della « concessione » di un diritto.

132. Per cui, dopo ciò, l'argomento principale è ridotto a una concezione a mio parere erronea del contratto, così come lo troviamo nel diritto privato. Il Cammeo, il Romano, il Ranalletti (ma specialmente il primo) evidentemente limitano il tipo negoziale del « contratto », nel diritto privato, al contratto obbligatorio e patrimoniale ⁴⁾. E il Cammeo ⁵⁾, per dimostrare il suo assunto, passa in

¹⁾ Per conto mio trovo altamente illiberale, e poco in armonia colla moderna tutela dell'individuo la teoria che riconosce all'atto unilaterale dello Stato la potestà di gravare l'individuo di oneri e obblighi che non presuppongono la semplice qualità di suddito, ma l'intervento della sua volontà adesiva. Perchè infatti, secondo il VITTA, cit., p. 87, l'accettazione dell'impiegato non occorre: basta, se intende rifiutare, che egli rinunci « affinchè l'autorità lo proscioglia senz'altro da ogni vincolo ». L'accettazione non sarebbe che condizione (l. cit.), e cioè condizione risolutiva.

²⁾ Questo o null'altro deve ritenersi col dire che « è valida l'elezione di un non accettante... e questo può sempre approfittarne dopo » (CAMMEO, *Comment.*, p. 90). Questa elezione come atto amministrativo esiste (PACINOTTI, *Impiego*, cit., n. 95), ma nei riguardi dell'eletto non produce effetti giuridici. Conforme pure il RAGGI, *L'atto amministrativo*, n. 23.

³⁾ In *Giurispr. ital.*, 1900, IV, n. 428. Il ritenere efficace anche per obblighi fondamentali questa nomina, anche prima dell'accettazione, sarebbe cosa astrattamente possibile, in un ordine giuridico: l'imperium dello Stato può arrivare anche a ciò. Tuttavia, fino a prova contraria, in un ordine giuridico come il nostro è da ritenere che questo risultato eccessivo sia incompatibile con quella doverosa tutela dell'autonomia individuale, ampiamente riconosciuta nelle nostre leggi che è il presupposto di ogni sana libertà civile. Cfr. RAGGI, *L'atto amministrativo*, p. 73-74.

⁴⁾ Anche nella giurisprudenza vediamo ogni tanto far capolino questo concetto, ma più per un abitudine di vecchie formule tradizionali, che per l'espressione di un sicuro ed attuale convincimento delle Corti. Così, appunto, a proposito del contratto tra un Comune e un'impresa per la condotta dell'acqua potabile, la Suprema Corte romana (16 luglio 1912, *Foro ital.*, 1190) esce a dire che « oggetto della causa non era che un puro e semplice rapporto contrattuale, nel senso che ad esso fossero connessi soltanto interessi economici e patrimoniali.... ».

⁵⁾ *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, in *Giurispr. ital.*, 1900,

rivista i principali tipi di contratto regolati dal codice civile per dimostrare il suo assunto, che egli — come non bastasse — restringe ancor più riducendolo al seguente canone fondamentale per cui « il contratto è... la forma giuridica che assume la categoria economica dello scambio ».

Ora, ci sarebbe facile dimostrare:

1.^o Che nel nostro sistema legislativo è stato abbandonato il concetto dell'antica dottrina francese, penetrato anche nell'art. 1101 del codice Napoleone, che limitava il « contratto » a quello obbligatorio ¹⁾.

2.^o Che non è vero che il « contratto » dia sempre tipicamente luogo a rapporti giuridici ispirati a quella antitesi fondamentale di posizioni economiche che è data dallo « scambio ».

Sul primo punto mi basterebbe veramente confrontare la definizione del contratto contenuta nel nostro codice (art. 1098) con quella del codice Napoleone (art. 1101), ripetuta nei codici italiani di Parma, Modena e Sardegna. Il concetto così restrittivo del Cammeo non è che l'eco di una vecchia teoria accolta tradizionalmente in base ad un'errata dottrina prenapoleonica, che si fondava su una falsa interpretazione del famoso fr. 2, *de pactis*, II, 14, e che trovò un'eco nella infelice formulazione di alcuni articoli del codice Napoleone ²⁾. Non insisto altro su questo punto, benchè in Germania nella recentissima dottrina ³⁾ rifaccia capolino qua e là (forse per la grande autorità del Windscheid) il concetto del contratto come « convenzione obbligatoria » (quindi l'obbligazione come modo di acquisto della proprietà) nelle legislazioni a tipo latino: ma mi pare inutile la discussione, considerata l'unanimità su questo punto della dottrina italiana. Mi basta rinviare al parallelo anche degli articoli 531, 532, 710, 1964, 2013, del nostro codice civile coi corrispondenti articoli 637, 639, 711, 2114 e 2167 codice Napoleone.

IV, col. 9. Il CAMMEO si è conservato fedele a queste sue opinioni nel già citato *Commentario delle leggi della giustizia amministrativa*, p. 84 sg.

¹⁾ Il CAMMEO cita il SAVIGNY, *Sistema* (trad. SCIALOJA), III, p. 404-411, che non applica all'adozione ed emancipazione, considerate dal SAVIGNY come contratti, le regole del contratto obbligatorio. Ma la cosa non potrebbe andare diversamente, appunto per la differenza profonda negli effetti. Il SAVIGNY invece sostiene che « il contratto ricorre in tutte le specie di istituti giuridici », p. 409. E l'ammette anche nel diritto pubblico.

²⁾ Su ciò cfr. specialmente WINDSCHEID, *Zur Lehre d. Code Napoleon der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, p. 323, sg. Su questo punto mi sono particolarmente soffermato nel mio *Corso di dir. civile* del 1911-1912, p. 772-793, Genova.

³⁾ Cfr. ad es., il BINDER, nell'*Archiv für das bürgerl. Recht*, 34, (1910), p. 250. nota, 53. Anche il FILOMUSI-GUELFI, *Enc. giurid.*, 1904, p. 312, dà al contratto il valore di « contratto obbligatorio ». Cfr. SIMONCELLI, *Istit. di dir. priv.*, p. 265.

Sul secondo punto ¹⁾ obbietto che nei contratti di società, di associazione, di colonia e di soccida semplice e a metà vi ha il fenomeno economico opposto a quello dello scambio; cioè il fenomeno della « cooperazione », come il mezzo migliore per l'attuazione di fini più o meno egoistici, un mezzo collettivo. Certo vi hanno qui pure gli scopi ultimi per lo più egoistici, individuali, ma non nel mezzo economico-giuridico, che non è lo scambio, ma la cooperazione.

Inoltre mi pare strano che il Cammeo veda lo scambio nei contratti a titolo gratuito che non siano le donazioni, e cioè uno scambio mediato tra la attuale prestazione del mandatario e un'altra futura eventuale che il mandatario « potrà ricevere ove per lui sorga un egual bisogno » ²⁾. Il chiarissimo collega mi permetterà di non insistere oltre su un argomento così evidentemente debole.

La conclusione o meglio il ragionamento del Cammeo da questo punto di partenza erroneo è il seguente: vi è sempre uno scambio nel contratto; dove vi è scambio vi deve essere libertà di apprezzamento del proprio tornaconto nei due soggetti dello scambio ³⁾;

¹⁾ Il CAMMEO ha sviluppato qui un'idea già lanciata dal MEUCCI, *Istituzioni*, p. 190, il quale però limitava il tipo comune dello « scambio » (colle relative conseguenze giuridiche) ai « contratti specialmente bilaterali ». Anche limitato ai bilaterali, ad ogni modo, il concetto è inesatto: la società è un contratto bi- (o pluri-) laterale, eppure non vi è affatto scambio, quanto al mezzo economico-giuridico con cui le parti attuano i propri intenti egoistici; la bilateralità, che è plurilateralità laddove manca la contrapposizione di due interessi, e più siano le forze cospiranti al medesimo scopo comune, è concetto più ampio di quello di onerosità. Si veggia anche PRIZER, negli *Jahrbücher* di IHERING, 31, p. 336 sg.: « Contratto è sempre un negozio giuridico bilaterale, in cui ognuna delle parti contemporaneamente dà e riceve ». Il LONGO, op. cit., p. 253, asserisce la bilateralità dei contratti di diritto privato, come loro carattere tipico. È questa, nel LONGO, un'evidente esagerazione del concetto suo fondamentale (in un certo senso vero, come abbiain visto sopra), secondo il quale il privato agisce dietro impulsi egoistici, e lo Stato, in quanto centro di un'attività di diritto pubblico, dietro impulsi altruistici. Che la tendenza dell'individuo sia egoistica è vero, ed è infatti il punto di partenza dell'economia (*homo aconomicus*): è forse per ciò che anche il JANNACONE, in *Riforma sociale*, 1910, p. 28, fonde il contratto con lo scambio; ciò che del resto è un concetto dominante nell'economia, e che si può accogliere limitatamente al campo delle indagini economiche. Ma che l'uomo sia esclusivamente a tendenza egoistica già sopra abbiaino visto, a proposito del mandato, che è falso, e il diritto (a differenza dell'economia) deve rilevarlo.

²⁾ *Giur. it.*, cit., col. 9; *Commentario*, cit., p. 85. Aggiungo che oggimai, secondo i più recenti studi dell'ASCOLI e del MANENTI, non può più essere revocata in dubbio la contrattualità della donazione.

³⁾ Ciò è verissimo. Ma le conseguenze che ne ricava il CAMMEO (capacità — consenso non viziato), cfr. *Comment.*, p. 86, non presuppongono necessariamente quella premessa; diversamente bisognerebbe o limitare il contratto al campo degli scopi economici, come fanno il FILOMUSI-GUELFI, op. e l. cit., e il CAMMEO — oppure, se a ciò, come a me pare, non si vuole arrivare, e si ammette il contratto anche nel diritto di famiglia, bisognerebbe non richiedere (a tutto rigore) nè ca-

quindi il regolamento giuridico del contratto presuppone norme dispositive su cui la volontà libera delle parti possa influire. Dunque non è contratto quello del diritto di famiglia o del diritto pubblico in cui le norme sono categoriche, e il regolamento giuridico è imposto alle parti. Il contratto è solo quello obbligatorio e patrimoniale, perchè questo solo è dispositivo.

Veramente qui c'è da chiedere se dunque le non poche norme categoriche che la legge detta quanto agli effetti del contratto siano proprio incompatibili col contratto stesso. Se sì, la tesi del CAMMEO è esatta. In caso negativo, se, come credo, con queste norme assieme alle norme dispositive la legge predetermina uno schema di contratto ¹⁾ che le parti, aderendo, fanno proprio, tutta la tesi del CAMMEO cade.

Perchè, infatti, una volta che si ammette che la legge possa insinuare nel contenuto del contratto un elemento che non può dipendere dall'arbitrio delle parti, non c'è nulla di male a ritenere che, se in qualche caso lo scopo puramente egoistico, rispetto al quale il contenuto del contratto ha una impronta individuale alle parti, è secondario di fronte a elementi di interesse pubblico (per es. l'ordine della famiglia, gli interessi dei terzi, e, nel caso nostro, l'interesse dello Stato), il contenuto del contratto abbia a sfuggire in prevalenza all'arbitrio individuale delle parti ²⁾, e lo schema prede-

pacità, nè consenso non viziato, se lo scopo che il contratto vuol raggiungere non fosse economico di scambio. Del resto lo stesso CAMMEO si affretta a soggiungere che queste conseguenze non sono essenziali. Il che è perfettamente vero.

¹⁾ Non si dimentichi che è la legge che fissa e regola i tipi di negozio; con essi, caso per caso, attua l'intento empirico delle parti. Nessuna meraviglia dunque che la legge per riguardo agli usi locali, all'equità o a elementi d'ordine più categorico, predetermini questi schemi, che in parte potranno essere modificati, in parte no: ma sono sempre progetti, schemi o moduli astratti di negozio.

²⁾ Questo dominio della libertà individuale in ordine alla gestione dell'interesse in questione conduce il CAMMEO (*Commentario*, p. 195) a ritenere carattere tipico del diritto privato « l'equivalenza fra le prestazioni, una permutabilità, una trasferibilità in altri termini un elemento di commercialità ». Anche qui vi è una generalizzazione eccessiva. Ciò è vero per la maggior parte dei rapporti giuridici del diritto privato, ma non per tutti. Io ricorderò come vi siano rapporti giuridici indubbiamente di diritto privato, eppure non trasferibili, nè permutabili (es.: l'uso e l'abitazione); come alcuni distinguono in seno ai negozi del diritto privato i negozi del commercio giuridico (i *Verkehrsgeschäften*, ad es. del KOHLER), e quelli non del commercio giuridico (es. tipico il testamento). Potrei anche richiamare la polemica tra il SOHM e il BINDER (cfr. su ciò BINDER, cit., p. 341 sg.) sul concetto di diritto patrimoniale, di cui non è ad ogni modo elemento tipico né la trasmissibilità, nè la disponibilità. Il vero è che l'intervento della volontà privata nella disciplina del rapporto contrattuale è variabilissimo; può andare da un massimo (se sono in gioco solo interessi egoistici) a un minimo, cioè sino alla volontarietà del puro e semplice « ingresso » nel rapporto (DALLARI, *Il nuovo contrattualismo*, ecc., Torino 1911, p. 114): quello che oggi si chiama « adesione ».

terminato della legge abbia a costituire un blocco che le parti debbono assumere tal quale, se vogliono raggiungere il loro intento primario, o rifiutare interamente rinunciando così all'attuazione negoziale del proprio intento ¹⁾).

E che così sia, è provato dall'opinione ormai concorde della dottrina che vede nell'adozione uno stato personale creato da un contratto tra adottante e adottato (a cui occorre inoltre il concorso della volontà dell'autorità giudiziaria). E ove non si parta dal punto di vista troppo ristretto per cui vi è contratto solo in difesa di interessi patrimoniali egoistici, si dovrà vedere un contratto anche nella celebrazione del matrimonio così come è oggi, cioè indissolubile se non per morte ²⁾).

In sostanza il Cammeo si muove in un circolo ozioso: per dimostrare che il contratto è ammesso solo per scopi economici individuali (di cui è espressione tipica il fenomeno dello « scambio ») parte dal concetto che nel contratto non si attua se non uno scambio, cioè la contrapposizione di due interessi. Il che appunto andava dimostrato ³⁾).

¹⁾ La partecipazione della volontà qui è limitata a un *minimum*, a una pura adesione: ma tanto basta, come meglio poi vedremo.

²⁾ Naturalmente il CAMMEO (e così pure il VITTA, op. cit., p. 73, il quale scrive addirittura che « le legislazioni a tipo latino proclamano la necessità del carattere patrimoniale in modo molto chiaro..... », pel contratto!) argomenta a suo favore dal fatto che l'adozione e il matrimonio non presuppongono un contratto. Ma questa opinione è, a mio avviso, insostenibile: certo per asserire (come io asserisco d'accordo pienamente con quel maestro del diritto che è il GABBA) che il matrimonio deve essere indissolubile se non per morte, per combattere il divorzio, insomma, non occorre negare al matrimonio la fonte contrattuale, relegando il contratto nel campo patrimoniale. Anche nelle recenti discussioni fatte in Francia circa la estensibilità del divorzio al caso di mutuo consenso (divorzio per mutuo consenso), l'argomento favorito era: se il matrimonio è un contratto applichiamo le regole dei contratti, che si risolvono per mutuo dissenso. Un errore evidente, perchè il matrimonio è un contratto, ma non da confondersi con quelli puramente patrimoniali; l'ammissione del divorzio lo trasformerebbe in un negozio d'affari (cfr. DALLARI, cit., p. 144: il DALLARI è pure favorevole alla contrattualità del matrimonio e dell'adozione, p. 143-144). Molto bene il BRU, in proposito, nel *Bulletin de la Société des études législatives*, 1906, p. 223. Ricorderò, inoltre, come affine sia il concetto di coloro che del diritto privato ritengono criterio essenziale la patrimonialità in confronto al diritto pubblico: es. WACH, *Handbuch*, p. 88 sg. Contro cfr. ENDEMANN, *Einführung*, I, § 6, p. 29-30; CROME, *Bürg. Recht*, I, p. 74. Per la patrimonialità del diritto privato, anche RANELLETTI, *Studi per Fadda*, II, p. 352. Ma dove collocheremo allora il diritto di famiglia? Per la cui natura di diritto privato cfr. JELLINEK, *I dir. pubbl. soggett.*, p. 66.

³⁾ Naturalmente dopo ciò è irrilevante sostenere che tutto il nostro sistema contrattuale presuppone la possibilità di commisurare il danno in denaro, come fa il VITTA, cit., p. 74, per concludere per la patrimonialità del contratto. E aggiungo che qui vi è una bellissima petizione di principio! Perchè quella affermazione presuppone dimostrata la necessaria patrimonialità del contratto.

133. Ma v'ha dippiù. Nel caso nostro (rapporti tra lo Stato e i privati) è una delle parti — lo Stato — che ha determinato preventivamente in modo rigidamente uniforme il contenuto giuridico del complesso rapporto che intercederà tra lo Stato e il privato in seguito al concorso delle loro rispettive volontà. Non è un terzo, è una stessa delle parti. E questa è conseguenza della posizione giuridico-economica prevalente di essa: detta legge il più forte. Questo è ragionevole. Trattandosi di attuazione di interessi collettivi, la norma del rapporto «... non può provenire che dall'amministrazione, di questo interesse rappresentante e custode» ¹⁾. Ma da ciò non segue necessariamente che non vi sia contratto ²⁾. Il regolamento del rapporto può essere riserbato al più forte, e tuttavia l'adesione del più debole esser contrattuale senza che per altro quel predominio assoluto sia un'illusione ³⁾. No, non è illusione; e non è meno vero che il concetto di contratto non è escluso, salvo escluderlo, come opina il CAMMEO, in caso di monopolio ⁴⁾. Il che è conseguenza logica della sua tesi, che ammette il contratto dove vi è libertà di scambio. Ma se noi prescindiamo da preconcetti economici atti a sviare il sano orientamento giuridico, e se « contratto » è qualunque « accordo », come insegna l'art. 1908, diretto a fini giuridici, nella adesione del terzo all'offerta di chi è fino a un certo punto arbitro della situazione, in virtù di un monopolio, si dovrà vedere una adesione contrattuale ⁵⁾.

Certo, questo stato di monopolio di fatto crea una disegualianza nelle condizioni economiche dello scambio tra le parti, quella stessa disegualianza che, in senso diverso, sussiste tra Stato e privato; fra i diritti e i doveri di essi « non c'è quell'equa bilateralità che è propria dei contratti di diritto privato, *in idem placitum consensus* nel caso nostro non consiste nella fissazione e determinazione di un

¹⁾ CAMMEO, in *Giur. it.*, 1900, IV, col 7. Perciò non occorre che il contratto preveda ipotesi già disciplinate dalla legge. Cfr. PORRINI, in *Foro it.*, 1896, I, 1042.

²⁾ Come invece ha ritenuto anche il BOURGUIN, cit., p. 32.

³⁾ CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 87.

⁴⁾ CAMMEO, cit., p. 87.

⁵⁾ Ammesso anche del resto che la libertà economica sia elemento tipico del contratto, si può sempre dire, tuttavia, che l'esercizio di quella libertà economica può, elidendo la concorrenza, condurre ad uno stato di monopolio naturale che, se non sorretto da condizioni naturali, potrà anche durar poco: ma intanto, colla teoria del CAMMEO, bisognerebbe arrivare alla strana conseguenza di una impossibilità di rapporti contrattuali con terzi, finchè quello stato di monopolio perdura. Come si vede, la tesi del CAMMEO viene a trovarsi in urto colle sue stesse premesse. Debbo anche rilevare che neppure il monopolio di diritto elimina il contratto; che dire allora dei contratti che il proprietario di un brevetto industriale stipula con terzi in relazione al brevetto?

rapporto, ma nella semplice accettazione di esso » ¹⁾). Ma la stessa sproporzione o disuguaglianza si ha nel diritto privato, quando è ad es., un industriale potentissimo che contratta coll'operaio singolo, o una forte lega operaia che si impone al piccolo proprietario, al quale si limita a presentare uno schema di contratto già bell'e preordinato e non discutibile. Il semplice « sì » ²⁾ dell'operaio (a cui non resta che l'alternativa del « sì » o del « no ») non è che una adesione, una accettazione nuda. E con essa si ha un contratto. L'argomento fu discusso, benchè l'affermativa non possa essere ormai posta in dubbio, e tutt'al più si sia creata, specialmente ad opera del Saleilles cui risale il vocabolo, la figura — perfettamente inutile — del cosiddetto « contratto di adesione », o, come vorrebbe il Galizia ³⁾ « contratto automatico ».

In ambo i casi abbiamo una evidente analogia; una apparente (e reale!) sproporzione, squilibrio, disuguaglianza tra le parti che, come nel diritto privato non imprime carattere unilaterale ⁴⁾ al negozio come vorrebbero i fautori del contratto d'adesione o automatico, quindi non elimina il tipo contrattuale, non so perchè dovrebbe eliminarlo nel diritto pubblico. All'obiezione che l'operaio non è libero si risponde che per la formazione contrattuale basta quello *status libertatis* che il Jellinek ha illustrato, e sul cui terreno livellatore, come scrive il Forti ⁵⁾, dobbiamo togliere la volontà dell'impiegato « dal fondo oscuro ed anonimo del presupposto per metterla in luce, pari a pari, con quella amministrativa ».

In sostanza è quello *status libertatis*, che dà luogo all'eguaglianza astratta di tutti gli individui (in antitesi al rapporto di supremazia proprio del diritto pubblico), che spiega l'espressione tanto cara ai

¹⁾ ROMANO, in ORLANDO, *Trattato*, I, p. 130. Le ultime parole lasciano travedere che il ROMANO sarebbe in fondo propenso ad accogliere il concetto di un accordo di volontà (in *idem placitum consensus*). Ma probabilmente lo sgomenta il passo avanti che bisogna fare: accordo che è dunque un contratto. A questa parola (che risponde a un istituto elaborato nel diritto privato) si è avvezzi a riconnettere teoriche presupponenti rapporti giuridici patrimoniali, e non ci si decide ad allargarne, come giustamente il FORTI ritiene necessario, la portata.

²⁾ Equivalente al « sì » dell'aspirante a un pubblico impiego, la cui volontà « esprime una mera accettazione », come osserva il CAMMEO, *Commentario*, p. 89. Vi ha contratto anche qui, in cui, per usare un'espressione del CAMMEO (op. cit.), la volontà del privato (operaio, impiegato), « concorre non più alla determinazione del contenuto del rapporto, ma alla sua iniziale validità al momento della sua formazione ». Si noti però che con queste parole il CAMMEO descrive la funzione della volontà privata nell'atto di adozione o di matrimonio, in cui esclude il contratto, coerentemente colla sua teoria.

³⁾ *Foro ital.*, 1910, 1475.

⁴⁾ Ottimamente su ciò ASCOLI, nella *Rivista di dir. civ.*, 1911, p. 110-111.

⁵⁾ Recensione a S. ROMANO, *Principii*, ecc., in *Filangieri*, 1902, p. 120.

tedeschi di « Gleichverkehr », come caratteristica del diritto privato¹). Che quella uguaglianza sia puramente astratta, e in concreto non si riveli affatto, perchè appunto quello *status libertatis* permette uno spontaneo vario sviluppo delle energie individuali, è cosa risaputa, e ripetuta fino alla sazietà in occasione di tutti i progetti di legge sul contratto di lavoro. È cosa verissima, e che merita tutta l'attenzione vigile e previdente del legislatore. Ma che non autorizza il solito ritornello « dunque non vi è contratto ». No; il contratto c'è, e valido. Tant'è vero, che la reazione ai cosiddetti contratti usurari di lavoro, deliberata in Germania e nell'Ungheria, proposta pure in Francia, ha dovuto essere contenuta in limiti assai più ristretti di quanto sognavano i riformatori rivoluzionari del diritto privato, intenti nella loro idea favorita che la disegualianza delle parti nella discussione del contratto esclude appunto il contratto.

Ma non basta. L'eguaglianza astratta è perfettamente compatibile col fatto che sulla situazione creata, o meglio disciplinata dal contratto, una delle parti, che è di solito il creditore del lavoro, influisca in modo più energico. È incontestabile che il contratto di lavoro è destinato a servire all'azione industriale di chi ne è il capo; da ciò un nesso di subordinazione di quel rapporto agli interessi economici di questa azienda. In forza di quel nesso il rapporto coi lavoratori dovrà, compatibilmente coll'interesse del lavoratore garantito dal contratto e dalla equità, adattarsi alle sinuosità dell'interesse dell'azienda; ad es., quanto all'orario, al modo di prestazione del lavoro, alla disciplina dei turni, ecc.: diversamente il rapporto di lavoro cesserebbe di essere un anello nella gigantesca catena. Ora, questo è niente di più è quanto accade tra Stato e impiegato; lo scopo finale è un interesse sociale, il quale domina e compenetra tutto il rapporto di impiego. Per modo che, quando certi interessi contrattualmente garantiti all'impiegato siano salvi, è l'interesse (semplice) di questo che deve cedere di fronte all'interesse pubblico. Vi è qui assoluta parità? No certo; ma non vi è neppure tra l'industriale e i suoi operai o i suoi impiegati: e l'espressione più vibrante di questa disparità è proprio data da quel rapporto di subordinazione di quegli agenti all'industriale, o in genere al capo dell'azienda, che vedremo essere tipica della locazione di opere. A questa subordinazione corrisponde quella speciale subordinazione (differente dalla sovranità) che è creata dal contratto di impiego collo Stato, eliminante l'assoluta concreta eguaglianza che, dunque, a torto fu ritenuta un elemento tipico del contratto²).

¹) KOHLER, *D. bürgerl. Recht.*, I, p. 9.

²) Mi pare con ciò di avere risposto all'obbiezione del VITTA, op. cit., p. 10,

Tornando ancora a quella diseguglianza che non è, come questa a cui ora ho accennato, contenuta nel quadro normale della locazione di opere, e nel concetto economico dell'impresa, ma è invece una anormale efflorescenza della pressione economica del più forte sul più debole (una diseguglianza quindi che, a differenza di quella, può anche cessare: com'è oggi quando agisca la forza sindacale), ricordo come l'argomentazione che abbiamo cercato di confutare sia stata recentemente ripresa anche dal Ranelletti, che obietta (contro la teoria contrattuale) che la preposizione che lo Stato fa di un privato a un rapporto di servizio (come impiegato) non influisce nel determinare le mansioni che spettano all'impiegato¹); la sua nomina non delimita la sfera delle sue attribuzioni, nel senso che queste sono già determinate da norme obbiettive di diritto che riguardano il contenuto degli uffici pubblici che in quegli impiegati si concretano: l'atto di nomina è uniforme, mentre il rapporto di servizio (per usare la terminologia del Ranelletti) che ne deriva è vario, quanto ai diritti e doveri che ne scaturiscono a seconda delle mansioni che un regolamento già predeterminato assegna a quell'ufficio²).

Ora, quanto qui dicemmo chiarisce come qui stia un equivoco fondamentale: credere che la designazione del tipo contrattuale, che nel caso nostro potrebbe benissimo essere una specie del contratto di lavoro, debba sempre contenere l'indicazione dettagliata e la conseguente determinazione di tutte le mansioni che al debitore del lavoro si vogliono attribuire. Ciò potrà essere; ma può anche non verificarsi, se preesiste un regolamento che abbia predeterminate le singole categorie di lavoro, le mansioni proprie di ogni categoria e via dicendo³).

che nega il contratto perchè non vi è parità di condizioni tra Stato (interesse pubblico), e impiegato. Del resto che eguaglianza astratta, nei limiti che abbiamo visto, sussista tra Stato e impiegato fu ammesso dalla Corte Suprema di Roma, Sez. un., cit. appr., al n. 138. — In ispecie, scendendo a qualche particolare, quanto alla modificabilità unilaterale delle sanzioni disciplinari, rinvio a quanto poi accenneremo, di passata, in proposito (n. 142); e quanto alla modificabilità dello stipendio cfr. pure appr., n. 143.

¹) *Rivista di dir. pubblico*, I, p. 133. Cfr. pure LONGO, che è nello stesso ordine di idee, *Arch. di dir. pubbl.*, I, 1891, p. 343. Questa argomentazione appartiene alla dottrina tedesca: cfr. MEYER, cit., p. 500.

²) Il contraente non può essere un automa, scrive il VITTA, cit., p. 83. A buon conto, però, il diritto privato conosce i contratti automatici, cioè quelli di semplice adesione, cui sopra accennavamo.

³) Rimane anzi a vedere se queste norme che predeterminano diritti e doveri delle parti, entrino (come io ritengo) o no a far parte del contenuto dello schema di negozio giuridico predeterminato dalla legge. È un problema che qui mi limito ad accennare. La questione può parere puramente di carattere costruzionistico. Ma per la sua importanza pratica (quanto al diritto privato) ricordo una sentenza della Cass. Firenze, 11 dic. 1911, *Foro*, 1912, 21: il diritto dell'operaio alla indennità

È quanto accade per i regolamenti di lavoro preparati per operai o impiegati in uno stabilimento industriale, in un'amministrazione privata: la stipulazione del contratto di lavoro implica, qui, adesione per parte del debitore del lavoro a questo regolamento, quando sussistano le condizioni che autorizzino a vedere, si intende, in ogni contratto di lavoro un necessario riferimento a quei regolamenti ¹⁾.

Nella nomina di un impiegato privato, nell'assunzione di un operaio, nella preposizione (sia pure) di un impiegato pubblico (dello Stato, ecc.) vi sarà dunque l'indicazione della « categoria ». Questa non può mai mancare, perchè implica il riferimento al preesistente regolamento che noi abbiām visto: e con ciò è sufficientemente indicato, nella nomina, il genere e il limite di attribuzioni demandate al debitore del lavoro. Ad accentuare anche più questo parallelismo ricordo qui le discussioni fatte circa la natura giuridica di questi regolamenti uniformi e preventivi, a cui i contratti di lavoro poi stipulati si riferiscono; sappiamo che fu proclamato da una parte della dottrina il carattere di questo regolamento (ad es., i regolamenti di fabbrica) come emanazioni unilaterali di potestà autoritativa imprime sul regolamento il carattere quasi di complesso di norme di diritto oggettivo. Non dico con ciò che questa teoria sia attendibile: tutt'altro. Ma intanto vediamo anche nel puro campo del diritto privato quella antitesi tra la nomina (apparentemente uniforme, nuda, astratta) e la determinazione delle mansioni attribuite al debitore del lavoro avvenuta già indipendentemente da quella nomina (mediante norme generali) ²⁾. È anche vero che nel campo del lavoro industriale

per infortunio è stabilito in una legge speciale; eppure la Cassazione sostenne che l'azione dell'operaio è azione *ex contractu*, con piena ragione. Con noi il GIANNINI, op. cit., p. 95.

¹⁾ Un analogo concetto aveva, mi pare, espresso il ROMANO nelle parole sopra già ricordate, per cui l'*in idem placitum consensus* nel caso nostro non consiste nella fissazione e determinazione di un rapporto, ma nella semplice accettazione di esso (in ORLANDO, *Trattato*, I, p. 130; cfr. PACINOTTI, *L'impiego*, ecc., p. 96). Contro questo concetto di riferimento e di rinvio oppone il LONGO che in realtà il regolamento legislativo dello stato giuridico dell'impiegato è troppo alieno da un substrato di accordo volontario: ad es., la legge proclama l'inalienabilità di certe categorie di impiegati, a nulla ostando che sia cessata la fiducia dell'impiegato, mentre un simile patto pel diritto privato sarebbe nullo. Veramente ciò non prova nulla: nessuno può negare che nello schema di un contratto che la legge preordina, possano rientrare norme sottratte alla privata autonomia, cioè categoriche. Ma qui poi è da ricordare come l'inalienabilità cessi (nelle forme previste dalla legge sullo stato giuridico) se la mancanza di fiducia si estrinsechi in cause gravi: suppergiù come nel diritto privato!

²⁾ Il contratto di lavoro privato colloca il debitore del lavoro in quella precisa posizione a cui il regolamento riconnette senz'altro certi diritti e certi doveri, obbligatori per il riferimento che il contratto vi fa. E così si può fino a un certo

si denota una tendenza, che sin qui però non si è ancora vittoriosamente affermata, a modificare la formazione dei regolamenti di fabbrica sostituendo al regime autocratico ¹⁾ oggi in vigore quello costituzionale: il regime costituzionale nelle fabbriche. Con che sarebbe anche più vigorosamente affermata la contrattualità del rapporto tra industriale ed operai. Ma, ripetiamo, ciò non è indispensabile perchè contratto vi sia ²⁾.

134. Respinte dunque queste fondamentali obiezioni, non è più necessario seguire la teoria contraria nel suo ulteriore cammino, che presuppone l'invincibilità di quelle obiezioni ³⁾.

punto dire, col FORTI (*Giur. it.*, 1900, IV, col. 420) « che la fonte dei diritti e dei doveri debba essere per il funzionario la legge e non il contratto », cfr. pure ROMANO, op. e l. cit. Ma è anche vero che questa legge non sarebbe mai stata applicabile al funzionario se non fosse intervenuta l'investitura a lui di questa posizione di « funzionario ». Probabilmente è questo che il FORTI pure ha inteso dire, soggiungendo che questa derivazione *ex lege* va intesa in modo relativo, e cioè come legge che regola rapporti contrattuali. E lo stesso FORTI, infatti, giustamente cita l'esempio delle regole stabilite dal codice civile per un contratto, e che si applicano a chi lo stipuli, senza che l'esistenza di questo contratto come tale sia per nulla scosso. Del resto la questione della derivazione *ex lege* o dal contratto (ammesso il contratto) si riannoda a un problema di carattere generale che, per l'importanza delle sue conclusioni pratiche, merita, come sopra abbiamo visto, ogni considerazione.

¹⁾ L'industriale è sempre padrone di modificare il regolamento di fabbrica, nei rapporti con un operaio o un impiegato, quando ciò stipuli esplicitamente nella stipulazione del contratto con questo operaio o impiegato (salvo che il regolamento sia il risultato di un concordato collettivo di lavoro), e semprechè non si violino certi diritti essenziali dell'operaio, alla cui disciplina questi non può preventivamente rinunciare. Invece lo Stato non può modificare il regolamento preventivo che è legge: salvo una deroga legislativa (privilegio). Cfr. ROMANO in *Giur. it.*, 1898, IV, col. 245.

²⁾ Quanto al rapporto di impiego si è opposto che la contrattualità va almeno esclusa per i funzionari cui è delegato l'esercizio della sovranità, che non può essere in commercio. Queste, veramente, sono parole grosse, che ingrandiscono fino a deformarlo un fatto semplice: che questa delegazione è necessaria, e che perciò deve essere scelta la persona a cui favore avvenga. Ora che la delegazione presupponga un accordo, non vuol dire già che sussista la commercialità di quelle funzioni, in tutto il senso della parola! E poi nulla esclude che l'accordo miri solo a creare il rapporto fondamentale, a cui sarà connessa con atto unilaterale della amministrazione l'attribuzione del pubblico potere. Ad ogni modo non è necessario ricorrere a questa costruzione: il potere pubblico, ripeto, è fuori commercio, salvo per ciò che si riferisce alla posizione giuridica dell'impiegato. Di questa fa parte questa delegazione, che è un tutto con essa, inscindibile (a questo allude il concetto di « proprietà » riferito dal VIRRA, cit., p. 79). Ora, non è tanto della delegazione, quanto di questa complessa posizione che si deve discorrere: chi vorrà ritenerla commerciabile nel senso che possa essere oggetto di qualunque contrattazione? Non può esserlo che di quelle ammesse dal diritto pubblico (contratto di nomina, contratto abdicativo).

³⁾ Cfr. esplicitamente CAMMEO, *Comment.*, p. 89.

Il Cammeo, e con lui il Romano e il Ranalletti non assegnano alla volontà privata se non l'unica funzione di una condizione di fatto per la pratica attuazione della volontà statuale, che in sè sola (come atto amministrativo) sarebbe giuridicamente efficace: così come sarebbe l'accettazione dell'erede nei rapporti col testamento che è giuridicamente perfetto in sè stesso.

Intanto il parallelo tra i due istituti non va, se si ritiene che come il testamento attribuisca la qualità di erede e con essa il patrimonio *ipso jure* all'istituto prima della sua accettazione, così la nomina dello Stato attribuisca all'impiegato, non ancora accettante, la posizione giuridica dell'impiegato. Non è vera la prima asserzione rispetto all'erede, perchè, per me, la delegazione gli dà solo, colla qualità di erede, il diritto di accettare, oltre la posizione giuridica riconosciuta normalmente al possesso del patrimonio ereditario: e niente altro ¹). Non mi convince neppure la seconda asserzione: che nel nostro sistema di diritto pubblico la nomina attribuisca la posizione di impiegato (con tutti i doveri che le sono inerenti: questo, si noti, è il nocciolo della questione) indipendentemente dalla sua volontà. Inoltre, e questa è, naturalmente, l'obiezione fondamentale, ripeto ancora una volta che è un ben curioso atto di sovranità (cioè di coazione!) questo che non può essere attuato se non col consenso del privato! La cosa ha anche un certo tal qual aspetto umoristico, sul quale mi si permetterà di non insistere.

Ma anche prescindendo da tutto ciò non sarà male chiarire che cosa si intende dire quando si asserisce che la volontà del privato sarebbe dunque puramente un presupposto o una condizione per l'efficacia dell'atto amministrativo. E qui, secondo che s'intende questa efficacia, può nascondersi — a mio avviso — un'illusione.

O si intende che l'atto dello Stato (di concessione d'impiego) è subito di per sè efficace, anche prima dell'accettazione del privato: questi adunque sarebbe investito dell'ufficio pubblico prima anche di saperlo ²). Oppure la cosa, come vedemmo, non pare possibile; e si intende (come è infatti) che l'accettazione, se posteriore, sia una con-

¹) Escluderei dunque, per parte mia, che l'art. 925 possa interpretarsi così estensivamente, da vedervi un indice della trasmissione all'erede del patrimonio in virtù della semplice delazione. Cfr. le mie *Istituzioni di dir. civ.*, p. 328 sg.

²) A tutta prima parrebbe questa l'opinione del ROMANO, *Principi*, p. 17, che assegna alla volontà del privato la funzione, puramente negativa, di impedire col rifiuto l'efficacia dell'atto amministrativo: tal quale come per l'opinione (che io non accetto), che intende l'art. 925 c. civ. nel senso di una trasmissione *ope juris* del patrimonio ereditario: l'accettazione dell'erede qui sarebbe conferma di effetti già verificatisi. Ma in realtà il ROMANO fa dell'accettazione il verificarsi di una condizione (*ead.*). E con ciò quell'interpretazione (è la espressione usata dal ROMANO) non si concilia

dizione a cui è subordinata ¹⁾ l'efficacia dell'atto. E allora abbiamo nell'accettazione un secondo elemento, che costituisce ²⁾ quel fatto giuridico complesso che è la genesi dell'investitura dell'impiegato. E se è così le ipotesi sono due:

a) O si ritiene che i due elementi, cioè le due dichiarazioni di volontà, non si fondono ad unità, ma rimangono due atti distinti e paralleli: il ben noto « fascio » di dichiarazioni di volontà di cui consta l'atto completo.

Ma questa concezione non parmi ammissibile per la semplice ragione che da quei due atti scende una complessa posizione antitetica di scambio, e non già di cooperazione. L'atto complesso è l'involucro giuridico, o meglio uno degli involucri giuridici (anzi, in un certo senso il più tipico) di quel fenomeno economico-giuridico così diverso e antitetico allo scambio che è la cooperazione. Dove vi sono più forze cospiranti al medesimo fine, dove insomma vi è cooperazione, ci possiamo anche immaginare (ma non è per nulla necessario!) che i singoli punti di partenza da cui quelle forze hanno preso le mosse siano perfettamente autonomi l'uno di fronte all'altro. Il caso tipico ci è dato dal concorso del consenso dei comproprietari di cui all'articolo 636 cod. civ. ³⁾. Non è necessario, si badi: perchè il movimento iniziale di quelle forze singole può benissimo essere stato (e anzi questa è la regola) il prodotto di una intesa, di un reciproco accordo. Così è che abbiamo il « contratto » di società: sono più persone che di comune accordo imprimono alla loro attività l'identica direzione verso una meta comune, più persone, si noti, che hanno un interesse proprio in nome del quale intervengono colla propria volontà all'accordo.

Il contratto dunque impera anche nei rapporti a base di cooperazione. Ma è addirittura essenziale — si intende, una volta che sia stata constatata, come è nel caso nostro, l'esistenza delle due dichiarazioni di volontà delle parti, nella genesi del rapporto — quando

¹⁾ In questo senso anche il CAMMEO, che vede qui le categorie degli atti amministrativi condizionalmente efficaci (*Comment.*, p. 91).

²⁾ Dichiarata, direbbe il KARLOWA (*Rechtsgeschäft*, p. 10 sg.). Ma sulla bontà della distinzione che egli fa tra gli elementi dichiarativi e costitutivi, ci sarebbe molto a dire (ad es. quanto all'effetto pratico della retroattività).

³⁾ Sull'ammissibilità del tipico e vero atto complesso, che proprio non sia contratto, nel diritto pubblico non vi ha dubbio. Cir. per tutti BRONDI, in *Studi per F. Schupfer*, II, p. 533 sg.; BORSI, *L'atto ammin. complesso*, in *Studi senesi*, p. 3 sg.; RAGGI, *L'atto amministrativo e la sua revocabilità* (1904), p. 75 ss. Si fa però di non esagerare l'importanza di questa teoria degli atti complessi o collettivi; è a dubitare, per es., se quelli che gli scrittori di diritto amministrativo chiamano « accordi » (es. RAGGI, cit., p. 62), in realtà non siano veri e propri contratti. Certo la limitazione del contratto all'accordo di posizioni economico giuridiche antitetiche è assolutamente erronea. La è indubbiamente pel diritto privato. basta leggere la definizione di cui all'art. 1098.

il rapporto sia di scambio, o, più generalmente, vi siano due forze che hanno interessi divergenti, e che nel cozzo, *l'una di fronte all'altra*, hanno trovato un punto morto in cui la lotta ha dato luogo a una tregua (*pactum*), perchè ognuna ha trovato il proprio tornaconto. Qui le parti stanno l'una di fronte all'altra, e plasticamente si capisce come anche le dichiarazioni di volontà debbano essere rivolte l'una nella direzione dell'altra parte. Ora: che è questo se non il contratto?

135. Che vi sia, ad ogni modo, la possibilità di un'autonoma configurazione delle due volontà non escludo, e può anche essere che casi se ne diano proprio in argomento nostro. Io, intanto, escluderei il caso riferentesi a una categoria di persone che si assumono un dato lavoro, ben diverso dalla categoria degli impiegati dello Stato, stabilmente incaricati di esercitare una attività a servizio di quest'ultimo: quello delle persone cui lo Stato, a mezzo dei suoi rappresentanti che ne attuano il potere giudiziario, affida determinate e non stabili mansioni in rapporto a privati contendenti. Così il perito, così il sequestratario, liquidatori di una società commerciale: nominati tutti giudizialmente se manca l'accordo della parte o dei soci (art. 253 e 922 Codice proc. civ., art. 197 Cod. comm.); è il caso pure del curatore del fallimento, nominato dal tribunale (art. 714 Cod. comm.). Ora, in tutti questi casi abbiamo che un privato (il perito, ecc.) si assume mercè il concorso della propria dichiarazione di volontà, una data attività di lavoro nell'interesse di più persone tra cui vi è una contesa o la possibilità di una contesa; quelle medesime persone inoltre hanno diritto a una remunerazione (pel perito cfr. 267, Cod. proc. civ.; pel sequestratario l'art. 1876; per il curatore del fallimento l'art. 722, Cod. comm.). Ora, salvo per il curatore, in tutti gli altri casi nessun dubbio che si tratti di vero e proprio accordo contrattuale tra gli interessati e il perito ecc., quando la nomina sia direttamente degli interessati (se vanno d'accordo). Sulla necessità di una accettazione del perito ecc. non vi ha dubbio: basterà citare l'art. 260 Cod. proc. civ., che prevede la possibilità che il perito non accetti; l'art. 718 Codice comm., quanto al curatore, ecc. Ma se la nomina è fatta dall'autorità giudiziaria non vi è contratto (contratto cioè di lavoro) nei rapporti tra il perito ecc. e gli interessati ¹⁾; in realtà vi sono due dichiarazioni di volontà, ma non fondentesi in un contratto. Qui certo abbiamo la cooperazione dello Stato, che (a mezzo dei suoi organi) interviene con atto che appartiene al diritto pubblico, e del perito, intesi a chiarire un lato tecnico della controversia, o custodire la cosa

¹⁾ Vi potrà essere una situazione giuridica analoga a quella nascente da un contratto di lavoro, ma non contratto di lavoro. Quando l'art. 205 C. comm. insegna che i liquidatori sono sottoposti alle regole del mandato, viene a dir ciò, in sostanza.

controversa, ecc. Il fatto della cooperazione è chiarito anche dall'identità di atteggiamento obbiettivo che sia l'autorità giudiziaria come il perito ecc. assumono di fronte agli interessati. Ma questa cooperazione non nasce da un accordo: la dichiarazione giudiziale di nomina (sentenza o decreto) non è dichiarazione di parte interessata, ma atto giurisdizionale, che ha propria struttura autonoma. L'intervento dell'autorità giudiziaria è determinato dall'interesse *ne cives ad arma veniant*; ed è atto unilaterale, pur non essendo la nomina giudiziaria vera esplicazione immediata di sovranità, ma solo uno degli atti di cui consta la complessa attività giudiziaria dello Stato, eminentemente di diritto pubblico; è insomma l'applicazione del solito nostro concetto. Ma non vi è contratto, perchè lo Stato qui non rappresenta nè i creditori, nè il proprietario (debitore): che il sequestrario, se accetta, non rappresenti pure nè questo nè quelli fu asserito ¹⁾, ma è argomento che non intendo neppure toccare. Certo è che le funzioni del perito ecc. sono determinate dalla legge; esse sono attuate dietro impulso delle due dichiarazioni autonome: dello Stato e del perito, ecc. Come si vede qui non vi ha neppure una deroga a quanto sosteniamo: si tratta di caso affatto differente, che con quanto sosteniamo si concilia perfettamente.

136. b) O si intende che vi sia contratto; e dopo quanto si è esposto per la precedente ipotesi questa conclusione mi sembra abbastanza fondata.

Contro questa conclusione, e in opposizione a quanto abbiamo rilevato per la precedente ipotesi, non si potrebbe che negare l'atteggiamento delle due parti (Stato e privato) che indicammo, con configurazione plastica, rivolto l'una verso l'altra, come chi dà per ricevere. E questa suppergiù pare abbiano tentato di fare Hauriou e Bazin ²⁾, secondo i quali la dichiarazione dello Stato non è rivolta al privato, non gli è indirizzata, è una dichiarazione di volontà che nessun interessato deve ricevere. Non è insomma una dichiarazione di volontà recettizia; perciò sussiste da sè ed è efficace da sè, è un atto autonomo. L'interessato deve *riceverlo* come subordinazione, cioè indipendentemente dalla direzione (notificazione verso di lui).

Prescindo qui dall'esame della singolare teoria di Hauriou e Bazin, per i quali la distinzione tra atto di impero o di gestione si riconnette al carattere non recettizio, oppure recettizio della dichiarazione di volontà dello Stato. Certo i riflessi che di questa teoria si vorrebbero vedere nel diritto privato non sono affatto attendibili, pur ammettendo

¹⁾ Cfr. SAMPERI, in *Foro it.*, 1914, I, 67 sg. È assurdo, del resto, concepire un rapporto di scambio tra lo Stato e il sequestrario o il perito o il curatore fallimentare. Ciò prova la fondatezza della nostra tesi.

²⁾ In *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 554-555.

che anche nel diritto privato si può entro certi limiti distinguere rapporti di subordinazione (di impero), e rapporti di eguaglianza (gestione).

Per lo scopo che qui mi interessa, mi basta rilevare come quasi sempre la volontà del privato precede l'atto amministrativo: e allora poco importa che questo sia o no una dichiarazione recettizia; potrà anche bastare la sola deliberazione ¹⁾. Ma nei casi — eccezionali praticamente — in cui preceda l'atto amministrativo non è a parer mio dubbio che fino a che di questo atto amministrativo non sia data comunicazione all'interessato, non possa assolutamente parlarsi di un atto amministrativo compiutamente formato, e perciò atto a produrre tutti i suoi effetti in ordine al sorgere di un sinallagma (*fare contro dare*); perchè l'interessato deve essere messo in condizione di poter dare la propria adesione, se lo crede; come « proposta », la necessità di questa notificazione è nella sua stessa natura. Una deliberazione non notificata non sarà nulla di più di un atto amministrativo avente un valore puramente interno per l'amministrazione che lo pone in essere; non ne ha alcuna di fronte al privato, che deve essere posto in condizione di potere aderire, e deve, oltracciò, effettivamente dare la sua adesione.

Si è detto che l'adesione del privato, posteriore all'atto amministrativo, non ne è che la condizione necessaria per la sua esecutorietà o perfezione. Ma anche qui si può annidare un'illusione. Una volta ammesso che il sinallagma, principalmente quanto all'obbligazione di fare a carico del privato, non possa nascere in virtù del puro e semplice atto amministrativo (è questo solo che qui mi interessa), ma che a ciò occorre l'accettazione del cittadino, il risalire alla teoria e relativa terminologia del Karlowa facendo dell'accettazione un puro « elemento dichiarativo o determinante » e dell'atto amministrativo « il fatto costitutivo » (suppergiù come il contratto e la condizione), è una inutile sottigliezza. Quando il cosiddetto elemento « dichiarativo » consiste nella volontà adesiva di una persona distinta da quella da cui è provenuta la volontà costituente (l'altro elemento a cui solo si vorrebbe attribuire valore costitutivo), e quando è dimostrato che senza il concorso di quel preteso elemento puramente dichiarativo (l'accettazione) ²⁾ non si sarebbero verificati gli effetti più importanti, che

¹⁾ LONGO, in *Archivio del diritto pubblico*, 1902, p. 483. Ma in realtà anche in tal caso il rapporto sinallagmatico non si può intendere come sorto se non colla comunicazione all'interessato. Es., è il sindaco che comunica all'istante la deliberazione del Consiglio comunale. E la giurisprudenza osserva che si tratta proprio della notificazione propria delle dichiarazioni recettizie; non basta che l'interessato venga a conoscere indirettamente la deliberazione. Cfr. su ciò PORRINI, in *Foro it.*, 1896, I, 1043, e giurispr. ivi citata.

²⁾ Così l'omologazione di cui all'art. 216 cod. civ. è elemento costitutivo. DUSI, *Filiat.*, p. 881.

dunque a produrre questi effetti occorre l'elemento a + l'elemento b , dopo ciò, dico, è nulla più di una sottigliezza inutile il negare che anche l'elemento b sia elemento costitutivo, che cioè quei due elementi « costituiscono » la somma di due volontà, ognuna delle quali si riferisce all'altra, che coincidono (quanto a fine, si intende). Che, insomma, abbiamo un accordo di due volontà ¹⁾: la volontà che si suppone essere elemento « costitutivo » (la nomina dell'impiegato, ad es.) non è efficace prima che intervenga la seconda. Questo, e non altro, vengono a dire in sostanza coloro che, come il Giorgi, ritengono necessaria l'accettazione solo per l'« esecuzione » della nomina, o per la sua perfezione. Questo risultato è confermato anche dall'elementare osservazione che questa condizione, di cui si discute, dovrebbe essere una *condicio juris*, perchè necessaria per legge. Quindi non una vera condizione, ma puramente un elemento « costitutivo ». Quanto alla retroattività, che di quella teoria del Karlowa, che qui non occorre affatto di approfondire, dovrebbe essere la conseguenza più importante, già sappiamo (e anche su questo punto non posso qui purtroppo dare la dimostrazione) che essa è in realtà un fenomeno assolutamente indipendente dalle premesse teoriche del Karlowa. Insomma la retroattività non è mai una conseguenza fatalmente logica, necessaria di costruzioni teoretiche più o meno sapientemente escogitate: ma un fenomeno che poggia su criteri differenti, e che, soprattutto, il diritto positivo può regolare a suo arbitrio ²⁾.

137. Si è citato dal Ranelletti (seguito poi dagli altri ³⁾), come caso perfettamente analogo quello del testamento e della accettazione. La volontà testamentaria e dell'erede accettante certo non si fondono in un contratto. Prescindo dalla giustificazione storica, ma il divieto dei

¹⁾ Naturalmente la concezione dell'accettazione, come condizione di fatto, necessaria alla pratica attuazione della nomina o della concessione, come atto unilaterale a sè solo efficace, non ha per sè nessun valore dimostrativo, non essendo che la conseguenza di una dimostrazione che si suppone precedentemente data dell'impossibilità del contratto. Osservo solo che quella concezione non è vera per l'accettazione ereditaria, sia che si ammetta che con quella si acquista l'eredità, sia che ciò non si voglia ammettere.

²⁾ Neppure la retroattività dell'accettazione posteriore sino alla data dell'atto di nomina (CAMMEO, *Comment.*, p. 90; ROMANO, op. e l. cit.) è ragione decisiva, perchè non è essenziale al contratto (almeno nei rapporti tra le parti) che prenda data dal momento della sua perfezione. E poi considerando la retroattività per quello che è, non come una finzione, una gran parte della forza di quell'argomento cade. Ricorderò come spesso la determinazione della data, da cui inizia il rapporto a cui ha dato luogo l'atto amministrativo (es., una nomina: non voglio qui pregiudicare la questione se o non sia un contratto) sia subordinata più che al rigido principio civilistico della perfezione del fatto giuridico complesso, da cui nasce il rapporto, a criteri estranei: ad es., finanziari.

³⁾ Recentemente anche dal VITTA, cit., p. 69.

patti successori, del testamento congiuntivo, ecc. rendono evidente l'eminente unilateralità della « volontà ultima », che si afferma come la proiezione sacra e solenne dell'individualità del testatore al di fuori e oltre la vita di chi la compie. Inoltre ricorderò semplicemente come, tra l'altro, la concezione contrattuale qui non sia ammissibile perchè non è possibile quell'« incontro » materiale delle due volontà ¹⁾ che presuppone pel nostro diritto contrattuale, che ha ricevuto la sua più chiara espressione nell'art. 36 cod. comm. (ma cfr. anche art. 1057 cod. civ.), la coesistenza delle due parti nel momento dell'incontro: incontro che invece è possibile tra lo Stato e il privato.

Che poi non vi sia possibilità di contratto col futuro erede (testamento contrattuale), la cosa si spiega non con una « impossibilità » di una fusione a contratto, ma con una « inopportunità » di essa. E invece per il contratto di diritto pubblico si asserisce l'« impossibilità » di questa fusione ²⁾.

In sostanza non vi sono per il caso nostro le ragioni che militano a favore della unilateralità della volontà testamentaria. L'eminente unilateralità della volontà dello Stato come della volontà testamentaria? Sarebbe un ricadere nell'errore a parer mio già confutato sopra. Ragione di inopportunità? Ma si intende che al testatore si voglia riserbare la facoltà di revocare la propria dichiarazione di volontà *per causa* di morte, o che si voglia reprimere ogni forma di pressione su di lui, o di ingorda speculazione anzi tempo sul suo patrimonio; nessuna seria ragione invece vale per lo Stato; anzi vedremo or ora come la teoria contrattuale sia più che mai consona coll'evol-

¹⁾ Così d'altronde anche RANELLETTI, in *Giur. it.*, 1894, IV, 72.

²⁾ Che la volontà testamentaria già prima dell'accettazione produca effetti giuridici (il che è indubbio, anche se se ne esclude la trasmissione del patrimonio ereditario), non è una ragione contro la contrattualità; ricordo come nel diritto civile germanico l'offerta di contratto sia irrevocabile; e come si possa sempre in astratto ammettere il contrario limitatamente agli altri effetti, cui occorre il concorso della seconda volontà (accettazione). Niente quindi impedirà all'atto amministrativo di produrre qualche effetto anche prima dell'accettazione. Questo effetto secondo alcuni dovrebbe essere, ad es., l'investitura della funzione pubblica all'impiegato: ad ogni modo è certo che senza la sua accettazione non nascerà mai l'obbligo in lui alla prestazione di lavoro, nè il diritto dello Stato ad esigerla. Insomma che l'investitura sia effetto del puro atto amministrativo (così, ad es., il FORTI, in *Giur. it.*, 1900, IV, col 418), ciò non elimina la necessità di un accordo contrattuale, avente portata limitata alle parti, mentre l'investitura avrebbe effetto solo pei rapporti esteriori: qualcosa che ricorda il negozio di « procura » (unilaterale!) distinto dal mandato, dal contratto di lavoro, ecc., che regoiano solo i rapporti interni (infatti, secondo il PRESUTTI, op. cit., quell'atto sarebbe delegazione di potere di supremazia). Secondo il FORTI, l'investitura sarebbe atto *esecutivo*, cioè presupponente un precedente accordo. E questo (posto che quell'atto unilaterale debba accogliersi) è certo il caso normale. Cfr. PACINOTTI, cit., p. 143, per cui la nomina rientra nel contratto.

luzione del diritto pubblico. In definitiva non si dimentichi che questi rapporti a cui riconosciamo la fonte contrattuale, limitano il potere discrezionale dello Stato (mentre la libera volontà del testatore non è per nulla limitata); niente di male a vedere in ciò la conseguenza dell'esservi o no un contratto.

Nè deve essere un ostacolo alla teoria contrattuale la possibilità (come si è già visto) di una parziale efficacia unilaterale dell'atto amministrativo, che gli dà una configurazione apparentemente autonoma. Le dichiarazioni di volontà amministrative, anche quando dalla loro sintesi scaturisca un contratto, hanno una certa autonomia esteriore. Si vuol dire (specialmente nella dottrina francese del diritto amministrativo)¹⁾ che il diritto amministrativo è basato fondamentalmente sulla teoria dell'atto giuridico; e ciò anche nella conclusione di quelli che poi, sintetizzando, si avverte essere veri contratti. « Il nostro diritto amministrativo perviene a smembrare il contratto in una serie di atti separati ». Non è necessario indagare qui le ragioni di questo fatto. Certo vi ha larga parte l'eminente formalismo degli atti amministrativi e degli atti dei privati diretti alle pubbliche amministrazioni²⁾. Ma la costruzione che si fermasse a questa apparenza condurrebbe allo stesso risultato erroneo di chi vedesse nella proposta e nell'accettazione di un contratto di diritto privato (che pure, sebbene meno ostensibilmente, possono assumere quell'apparenza) due atti autonomi³⁾, e quindi due negozi giuridici: io non riconoscerei la qualità di negozio neppure alla proposta vincolativa (come secondo il diritto germanico)⁴⁾.

138. In conclusione a me pare, che una volta eliminata l'obiezione veramente principale e fondamentale su cui il Ranelletti si era per primo appoggiato per escludere la fusione contrattuale — cioè la impossibilità di fusione di un atto di impero colla volontà di un privato — è venuta meno la vera, l'unica ragione contro la contrattualità della nomina di un impiegato, del servizio postale, dell'appalto

¹⁾ HAURIU e BAZIN, op. cit., p. 543 sg.

²⁾ HAURIU e BAZIN, op. cit., p. 548.

³⁾ L'apparente autonomia si rivela anche nel modo con cui empiricamente si presenta la nomina degli impiegati. Per lo più sono molti i candidati che fanno la domanda (è l'offerta di contratto): la pubblica amministrazione non ha che scegliere. Si suol quindi dare importanza decisiva all'atto unilaterale dello Stato, tal quale come in qualunque privata azienda. E questo è giusto, ma guardiamoci dal separare la decisione dalla domanda: l'una e l'altra sono elementi costitutivi del contratto.

⁴⁾ Una vera mostruosità giuridica è poi quella che scinde i due atti (dichiarazione di volontà dello Stato, e del privato), facendo derivare dalla prima i diritti in favore del privato, es., impiegato; e dalla seconda gli obblighi a carico di quest'ultimo. Cfr. PRESUTTI in *Legge*, 1912, col. 942-943.

di lavori pubblici: l'unica ragione sostanziale su cui l'acuta mente del Ranelletti aveva fatto assegnamento ¹⁾).

Eliminata questa obiezione, non rimangono, a mio avviso, che ragioni secondarie, non atte a colpire nel vivo la tesi della bilateralità, o, come non più esplicitamente ²⁾ crediamo di poter dire, della contrattualità. Il quale risultato è più che mai in armonia coll'evoluta coscienza giuridica. Tutta l'evoluzione giuridica del secolo scorso dimostra la progressiva, e costante trasformazione del potere statale da assoluto a disciplinato: non ho qui che richiamare tutta l'evoluzione del diritto pubblico che ha condotto all'odierno « Stato di diritto ». La difesa dell'individuo contro il potere, o meglio contro la possibilità di abuso di potere dello Stato è oggi giunta a un grado di maturità e di elaborazione ³⁾ che deve permettere l'adozione del contratto di diritto pubblico. Come si vede la mia conclusione, pur partendo da eguali premesse, è nettamente opposta a quella del Duguit ⁴⁾, che distruggendo al lame di una critica, talora paradossale, ogni concetto

¹⁾ Cfr. ORLANDO, *Principi di dir. amm.*, p. 92. Così, per es., il RANELLETTI aveva fatto ricorso all'esempio dell'accettazione testamentaria, notando come il contratto era qui impedito da ciò: che non vi ha l'incontro delle due volontà per la premorienza del testatore, e osservando come nello stesso modo il contratto di diritto pubblico è impedito dalla natura autoritaria della volontà dello Stato (in *Giur. it.*, 1904, IV, col. 72, n. 59); due impedimenti alla fusione di due volontà. Ora, la cosa è verissima pel testamento, e invece si ritiene non vera per la natura autoritaria dello Stato: vien meno quindi il parallelismo e la ragione di citare quel caso (come fanno invece gli autorevoli seguaci del RANELLETTI): quel caso si cita solo come esempio di costruzione analoga.

²⁾ RAGGI, *Atto amministrativo*, p. 74, nota. L'accordo di due o più volontà è sempre un contratto. Perché questa tobia per delle parole? Ripeto che il concetto del contratto (SAVIGNY) è proprio di tutti i campi del diritto, e non è niente affatto tipico del diritto privato. Dove vi è un accordo di volontà vi è un contratto. Il campo d'azione di questo istituto è dunque ampissimo: e ciò è un riflesso del grande e fondamentale fenomeno della « cooperazione » sociale. Non a che il DUGUIT, op. cit., p. 79, nota 1, che abbia sostenuto come il contratto vada perdendo terreno. Ma quello che si può dire è che ora al vecchio e tipico contratto individuale va man mano sostituendosi il contratto in cui o tut e due o una delle parti sono gruppi collettivi di interessi più o meno anonimi. Ma ciò non distrugge il contratto.

³⁾ Questo fu notato, anche a proposito dello sviluppo ormai assunto dalla giurisprudenza favorevole alla responsabilità dello Stato. Ricordo, anzi, come la più recente fase della giurisprudenza (es. Cass. Roma, Sez. un., 14 aprile 1914, *Foro it.*, 1914, I, 530, già ricordata) elimini addirittura la distinzione fra attività patrimoniale o sovrana. Ad ogni modo è concezione eminentemente liberale quella per cui il diritto e il benessere dei sudditi, considerati come cittadini liberi e aventi diritti eguali, sono non meno sacri di quelli dello Stato stesso: Cass. cit.

⁴⁾ Del resto per l'HAUVRIOU (*Droit admin.*, 1907, p. 23 sg.) non esiste lo Stato, ma i suoi agenti (diritti e doveri degli agenti, non dello Stato). E la pericolosa eliminazione d'ogni procedimento teorico nella costruzione giuridica per fermarsi all'apparente realtà dei fatti: un empirismo sensoriale molto pericoloso.

di sovranità e di supremazia dello Stato, arriva a ritenere che il contratto va perdendo terreno nei rapporti sociali: e ciò come conseguenza di una sempre più netta coscienza dell'interdipendenza sociale. Così si arriva, deprimendo il concetto autoritativo dello Stato, a un sistema a base di federalismo o corporativismo ¹⁾. Senza arrivare a tanto è certo però che la sempre più energica affermazione, ad es., della giuridicità propria del rapporto di impiego rende oggi più che mai ammissibile, anzi, consigliabile la teoria contrattualistica, che, senza menomare l'autorità dello Stato, meglio risponde alle rinnovate esigenze degli impiegati.

Del resto un gran numero di leggi che disciplinano rapporti da noi ritenuti di diritto pubblico discorrono esplicitamente di « contratto ». Così la legge sui lavori pubblici agli art. 325 seg. ha tutto un capitolo « Dei contratti », a cui segue il capitolo III sulla « Esecuzione dei contratti »: la legge sulla riscossione delle imposte dirette chiama ripetutamente contratto l'appalto di esattoria ²⁾, e potrei moltiplicare le citazioni.

139. Abbiamo adunque il contratto di diritto pubblico, nel cui contenuto entrano elementi eterogenei. Questo carattere eminente-

¹⁾ Sul quale, a proposito specialmente del DE GREEF, cfr. DALLARI, cit. p. 39, 372 sg. Il sistema del DE GREEF però arriva a una ipertrofia della concezione contrattualistica. Il che almeno prova come neppure il corporativismo o sindacalismo escluda il contratto! Ad ogni modo sono perfettamente d'accordo col DALLARI nella confutazione del DE GREEF (p. 422), è nella conclusione finale a cui perviene: che il contrattualismo non va esagerato sino a ritenere che possa sostituire l'impero della legge.

²⁾ La Cass. di Roma, Sez. un., 5 febr. 1912, *Foro it.*, 1912, 271, ha rilevato molto energicamente ciò, e soggiunge non esser lecito affermare che questa parola « contratto » abbia ivi non già il tradizionale significato, di cui all'art. 1098 cod. civ., ma quello antitetico di concessione amministrativa. Quindi è un contratto bilaterale. Nella giurisprudenza il concetto di un contratto di diritto pubblico è largamente accolto solo qua e là, ma raramente, fa capolino la teoria dell'atto unilaterale di concessione. Es. pel rapporto coi medici condotti, Cass. Roma, 16 marzo 1911, *Foro it.*, I, 529; per gli appalti di lavori pubblici, Cass. Roma, Sez. unite, 14 nov.-21 dic. 1911, *Rivista di dir. pubbl.*, 1912, II, 177 (con nota adesiva del PRESUTTI, che pure vi vede un contratto bilaterale). E ancora per gli impiegati pubblici il Consiglio di Stato, parere 22 dic. 1911, *Foro*, 1912, III, 51. Recentemente la stessa Cassazione di Roma però (7 dic. 1912, *Foro*, 1913, I, 6) ha opposto « contrattualità » a « atto di governo », ciò che è perfettamente esatto, in quanto vi è un dissidio insanabile tra la contrattualità, e l'atto coattivo della sovranità: il che non toglie, ripeto, che il contratto non è incompatibile coll'attività di diritto pubblico dello Stato: che inoltre « l'esercizio del potere sovrano e quindi discrezionale, non tollera la coesistenza del diritto civile privato », è perfettamente esatto. Anche nelle leggi amministrative troviamo un largo impiego di questo « contratto »; rammenterò ancora l'art. 14 Regol. 1893 sulla derivazione di acque pubbliche; l'art. 1 del Regol. della legge sulla pignorabilità degli stipendi (24 settembre 1908), ecc.

mente eterogeneo non nasce già dalla natura anche privatistica nella forma esteriore in cui si attua il fatto giuridico che dà luogo al sinallagma, cioè il contratto; ma si riconnette piuttosto alla varia qualità degli elementi che, come già osservammo, costituiscono i rapporti tra Stato e privati che stiamo esaminando; elementi dei quali alcuni risentono più d'avvicino l'influenza della posizione peculiare che a questi atti giuridici imprime la qualità di uno dei contraenti, cioè lo Stato, come potestà preordinata. Altri invece hanno, almeno apparentemente, natura economica, che li rende oltremodo affini agli elementi che costituiscono i contratti patrimoniali del diritto privato. Così è ad es. quanto all'obbligo dello Stato di pagare uno stipendio agli impiegati, di pagar loro in certi casi una pensione; così il corrispettivo dovuto agli assuntori di pubblici lavori, ecc.

Ora: diremo noi che relativamente agli elementi di natura economica il contratto è di diritto privato? Questa, si noti, è un'opinione che non mi perito di dire quasi pacificamente accolta nella dottrina, specialmente nella dottrina civilistica. Debbo ricordare anche la diffusa opinione per cui il criterio differenziale del diritto pubblico dal privato sta appunto nella patrimonialità o no del rapporto: di questa teoria quell'opinione è un'eco evidente.

Viceversa gli scrittori del diritto pubblico escludono la possibilità di questa miscela di diritto pubblico e privato nel medesimo atto giuridico dello Stato. Così il Ranelletti¹⁾, e altri ancora²⁾. Io per parte mia preferisco stare con quest'ultima opinione. La natura dell'atto (se di diritto privato o diritto pubblico) è determinata dallo scopo che lo Stato si propone di raggiungere e dalla veste che egli assume; come integrazione o sostituzione della deficiente iniziativa privata, nel soddisfacimento di un bisogno collettivo. Ora, è intuitivo che lo scopo e la veste che lo Stato assume non possono che essere unici, in un determinato atto: o quell'atto è esplicazione di un'attività surrogatrice dell'azione privata per uno scopo collettivo: o non lo è. Ma non so vedere come possa essere, un medesimo atto, l'una cosa e l'altra contemporaneamente³⁾.

¹⁾ *Princ. di diritto amministrativo*, 1912, p. 401, nota.

²⁾ Cfr. FORTI, op. cit., col. 397 e citaz. ivi. La Corte d'app. Torino, 29 gennaio 1912, *Foro*, 1036, parrebbe del medesimo avviso quando, a proposito del rapporto tra Stato e impiegati, scrive che « lo Stato pur essendo sempre sovrano è soggetto al cod. civ. per i rapporti di indole privata da lui posti in essere nell'esercizio dei suoi poteri..... ». Invece per BIONDI, in *Rivista di dir. pubbl.*, 1910, II, 287, il rapporto di impiego sarebbe misto di elementi di diritto pubblico e privato. Questa è in fondo l'opinione più comune, come accenniamo nel testo.

³⁾ In questo senso pure RANELLETTI, cit.: « la natura dell'azione non può che essere una, pubblica o privata, perchè una può essere la funzione propria data dallo scopo cui essa è immediatamente destinata ». Del resto caduta la vecchia

Ciò ammesso, la conseguenza è che dunque se *tutto* il negozio è di diritto pubblico, i rapporti da esso creati saranno interamente disciplinati dal diritto pubblico. Ed è qui che il dissidio con l'opinione dominante è più vivo che mai: si tratta infatti di ritenere che anche gli elementi patrimoniali sopra accennati sono sottoposti alla disciplina del diritto pubblico ¹⁾. La comune dottrina, specie civilistica, sostiene invece che qui si applica il diritto civile.

L'equivoco è nato dal fatto che l'essere questi elementi puramente economici soggetti al diritto pubblico non impedisce la possibilità che ad essi vengano estese norme comuni al diritto privato (non dico norme del diritto privato, per la ragione che poi vedremo).

145. Infatti che il rapporto appartenga interamente, in blocco, al diritto pubblico, non elimina la questione se possano in qualche modo aver valore le norme del diritto privato rispetto agli elementi di natura eminentemente economica e sui quali non si è, almeno a prima vista, vivamente impressa la peculiare funzione della potestà statale, che è la ragione del carattere di diritto pubblico; elementi quindi che sarebbero regolati solo dal diritto privato, se mancasse il carattere fondamentale e pervadente tutto il rapporto dato dall'intervento dello Stato in luogo e vece dei privati per un pubblico bisogno.

Questo dubbio può sorgere per due possibili applicazioni di quelle norme del diritto privato:

a) per un'applicazione diretta, per via si intende di pura analogia, laddove manchino norme appositamente sancite nelle leggi speciali che a quei rapporti si riferiscono;

teoria della duplice personalità dello Stato, questa conseguenza dell'intervento unitario dello Stato è abbastanza logica. Cfr. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, I, p. 145. In senso contrario ABELLO, *Dei irripetibilità dei contributi*, ecc., in *Diritto e giurisprud.*, XXIV, p. 27 estr.

¹⁾ A risultato opposto proviene ad es. il CHIRONI, per cui relativamente all'aspetto economico del rapporto si applica il diritto civile, come diritto comune, e qui il rapporto è di locazione d'opera o di mandato (secondo che non vi sia o vi sia facoltà di rappresentanza), *Colpa contratt.* (II ed.), p. 477: mentre si attua il diritto pubblico quanto agli elementi che si riconnettono al « pubblico ufficio », cioè « l'intromissione del diritto pubblico al privato » (l. cit.). Sull'opinione del CHIRONI quanto ai rapporti tra diritto pubblico e privato si vedrà avanti. Qui intanto ci preme dichiarare subito che, a nostro avviso, tutto il rapporto è di diritto pubblico, e tutte le norme che lo regolano norme o peculiari del diritto pubblico, o di diritto pubblico. Su ciò ancora appresso. Col CHIRONI, relativamente al rapporto di impiego, pure il COGLIOLO, *Scritti vari di dir. privato*, 1910, p. 330. Cfr. SINTENIS, *Civiltà*, II, 119. e la prima edizione del mio *Contratto di lavoro* nel medesimo senso. Del resto se tutto il rapporto è di diritto pubblico, come è possibile, quanto agli elementi puramente economici, trovare il rapporto di perfetta eguaglianza tra Stato e cittadino (es. l'impiegato)? In realtà anche questi elementi economici mirano pur sempre a rendere possibile il servizio pubblico (la prestazione di lavoro dell'impiegato): la connessione con la funzione eminentemente pubblicistica dello Stato, non manca neppure qui. Cfr. MAYER, cit., p. 138.

b) per un sussidio ermeneutico, nel caso che norme dirette sussistano in leggi speciali, ma sia dubbia la loro portata.

Notiamo subito: non è detto che l'affermativa, come può parere a tutta prima, si imponga: perchè può essere benissimo che — il rapporto essendo interamente di diritto pubblico — l'analogia si voglia bensì ammettere, nel silenzio della legge speciale; ma una analogia limitata al campo del diritto pubblico, quindi da altri casi affini del diritto pubblico, per cui sussistano norme per altre leggi speciali. È appunto quello che si insegna riguardo al diritto commerciale nei suoi rapporti col diritto comune. E quello che si insegna pel diritto commerciale non c'è una ragione per cui non possa esser vero per il diritto pubblico. Tuttavia anche qui, come per il diritto commerciale, la possibilità dell'analogia entro il territorio del diritto pubblico può venir meno. E allora ecco venire a galla il ricorso alle norme comuni al diritto privato: tal quale come per il diritto commerciale.

La possibilità di quel fenomeno di esosmosi e di endosmosi dal campo del diritto pubblico a quello del diritto privato è avvalorata da ciò: che nessuno può, oggimai, credere sul serio a un assoluto, reciso distacco tra quei due campi, per modo che non siano possibili radici e ramificazioni dall'uno all'altro. Separazione sì, linea di confine sì: questa si può e si deve tracciare, ed è un errore il ritenere che anche ciò sia impossibile o inopportuno, o che, come asserisce il Coviello ¹⁾, questa distinzione abbia « in gran parte un valore storico e tradizionale più che razionale e scientifico ». Ma non si deve credere a un abisso, a un vuoto che separi i due territori, per modo da escludere recisamente comunicazioni dall'uno all'altro. La dottrina aveva dapprima concepito troppo privatisticamente il diritto pubblico (per la naturale influenza della dogmatica così antica e così evoluta del diritto privato a cui i giuristi erano avvezzi). Poi si reagì in senso opposto, tracciando una separazione troppo recisa.

Oggi i più ammettono che questa separazione è impossibile, almeno così rigida e assoluta, forse per la ragione che « diritto pubblico e diritto privato sono fra loro intimamente connessi, e costituiscono piuttosto due aspetti di un medesimo fenomeno sociale che due fenomeni diversi » ²⁾. Perciò appunto i giuristi stanno ancora cercando un criterio differenziale, quest'araba fenice, tra i due diritti.

Troppe e profonde sono le interferenze tra i due campi ³⁾: mi basta qui rammentare gli elementi economico-patrimoniali, che si ritrovano

¹⁾ *Manuale di diritto civile ital.*, p. 13.

²⁾ CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 17. Cfr. pure ORLANDO, *Principi*, p. 95; vi hanno rapporti e istituti comuni. Invece un tempo non si concepiva un rapporto che non fosse interamente del diritto privato o del diritto pubblico.

³⁾ ROMANO, *Teoria dei diritti pubbl. soggettivi*, nel *Trattato dell'ORLANDO*, I, p. 131.

(come vedemmo) egualmente sia nella posizione giuridica dell'impiegato privato che del pubblico. Nessuna meraviglia che nel silenzio delle leggi speciali del diritto pubblico e nell'impossibilità di una estensione analogica, come vedemmo, si abbia ad applicare la medesima regola per il medesimo elemento economico-patrimoniale. Non che qui il rapporto diventi di diritto privato. Il rapporto è interamente di diritto pubblico; ma la norma è comune.

A questo punto però dobbiamo affrettarci a eliminare un possibile equivoco.

Dicendo che la norma in tal caso è comune, non si dice già che al rapporto di diritto pubblico si applichi una norma di diritto privato. Secondo me le norme del diritto privato, *in quanto tali*, si intende, cioè norme esclusivamente proprie del diritto privato, non possono uscire dalla cerchia dei rapporti che si riferiscono al diritto privato. E non vi ha dubbio che in quanto il rapporto che si ricollega allo Stato o altro Ente autarchico non sia di diritto pubblico, ma di diritto privato, cioè si tratti di atti quali anche i privati potrebbero compiere, quindi su piede di perfetta eguaglianza con essi ¹⁾, si applica senz'altro il diritto privato: e quindi anche queste norme che al diritto privato fossero esclusivamente proprie. Non è di questo che noi ci occupiamo.

A noi interessa invece l'ipotesi di un rapporto di diritto pubblico, ma ai cui elementi economici o patrimoniali possa estendersi (nelle circostanze sopra accennate) una norma che è comune al diritto privato: anzi in quest'ultimo ha avuto la sua diretta espressione.

Secondo noi, infatti, tra le norme codificate pei rapporti di diritto privato vi hanno norme fondamentali che abbracciano egualmente tanto il diritto privato che il pubblico; che sono norme di diritto privato, per conseguenza, e norme di diritto pubblico; norme, insomma, la cui universalità le conduce a esorbitare dai limiti dell'uno o dell'altro campo, a cui è stata primariamente applicata. Lo stesso è per certe norme del diritto commerciale che si applicano anche al diritto civile (es., art. 36), perchè si ritengono, a ragione, norme non peculiari del diritto commerciale, ma norme universali ai rapporti tutti del diritto privato e che, codificate solo « ad occasione » del regolamento giuridico di una parte di essi (rapporti commerciali) si intendono quindi proprie anche del diritto civile. Non sono *norme del diritto commerciale*, estese a rapporti del diritto comune, ma *norme*

¹⁾ RANELLETTI, cit., p. 395; MAYER, op. cit., p. 138. E se il rapporto già di diritto pubblico diventa di diritto privato (es., la proprietà demaniale diventata patrimoniale) si applica senz'altro e direttamente il diritto privato, salvo le modificazioni eventuali — diritto singolare — introdotte nell'interesse dello Stato: MAYER, cit., p. 145.

del diritto privato¹), quindi tanto del diritto civile come del commerciale. Anche più istruttivo e calzante è il confronto con certe norme codificate nel diritto comune privato (nel codice civile), e che per l'art. 1 cod. comm. vanno estese a rapporti di diritto commerciale. Sono norme di diritto civile? No, fu detto, e con perfetta ragione²): sono norme *anche* di diritto commerciale. Esse si riferiscono ai rapporti patrimoniali di diritto privato in genere. Ma si può fare un passo avanti, in questa generalizzazione.

E così: vi possono essere regole di condotta dal contenuto così universale da non intendersi come esclusive del diritto patrimoniale privato, ma proprie anche del diritto patrimoniale pubblico. La cosa è possibile anche dal diritto pubblico al privato. E in una trattazione del contratto di lavoro si possono vedere frequenti esempi di norme generali enunciate ad occasione del regolamento di un rapporto del diritto pubblico (in specie patrimoniale); benchè certamente più frequente si presenti il fenomeno inverso. Un esempio caratteristico di quest'ultimo caso è l'argomento della responsabilità dello Stato pel fatto dei suoi funzionari³), in cui (salvo naturalmente laddove domina l'*imperium*, cioè negli atti compiuti *jure imperii*, rispetto ai quali non si può uscire dal sistema delle leggi speciali di diritto pubblico) possiamo trovare codificate « ad occasione » dei rapporti di diritto privato regole di carattere ben più universale.

In conclusione: non è che, in base al nostro concetto, si possa dire che un rapporto di diritto pubblico è regolato, in taluni casi (cioè quanto agli elementi economici, o patrimoniali che troviamo

¹) Richiamando la distinzione tra il diritto civile (diritto comune), e il diritto commerciale (diritto singolare), si sarebbe tentati a tutta prima di stabilire l'identica relazione tra il diritto privato e il diritto pubblico, come appunto fra noi fa il CHIRONI (*Colpa contrattuale*, II ediz., p. 472), secondo cui « il diritto amministrativo rappresenta adunque la norma eccezionale giustificata dalla necessità del pubblico governo, dal principio dell'autorità », mentre « si asserisce al diritto civile propriamente detto il carattere di diritto comune » (p. 471). Io credo che si debba andare a rilento nell'accogliere questa antitesi (cfr. pure ROMANO, *Principi*, p. 13). Rammento intanto che l'elemento della sovranità (*imperium*) si estende necessariamente a tutti quanti i cittadini, e in minor misura anche ai non cittadini che si trovano in Italia. Si tratta di due forme affatto distinte e parallele, ambedue egualmente imprescindibili, di attività umana, così come regola imprescindibile e non eccezionale è l'esistenza di una collettività organizzata, accanto e al disopra dell'individuo singolo. È evidente che col concetto del CHIRONI bisogna ammettere che, nel silenzio delle leggi di diritto pubblico, si estendono al rapporto del diritto pubblico norme del diritto privato (ritorna in onore il diritto-regola, mancando il diritto-eccezione!).

²) Cfr. SRAFFA, *Studi*, p. 253; il concetto è però del BOLAFFIO, ivi ricordato.

³) Però può farsi la questione se qui si sia di fronte a un rapporto che, benchè innestato su un altro rapporto fondamentale di diritto pubblico, pure appartiene al diritto privato. In quest'ultimo senso, MAYER, cit., p. 147.

anche in rapporti di diritto privato), dal diritto civile (come si esprime ad es. il Chironi, con cui, del resto, concordo perfettamente nel risultato pratico) ¹⁾. Non è che il « codice civile, dov'è grande l'ampiezza delle materie regolate, è garanzia sufficiente allo Stato in tutti i fatti giuridici che lo pongano in relazione coi privati » ²⁾. Ma è che vi sono norme codificate ad occasione di rapporti privati, appunto perchè è qui che esse hanno trovato la loro prima formulazione, e perchè è qui che sono più frequentemente, e, direi, tipicamente applicate, ma che tuttavia sono così ampie in realtà da ritenersi norme anche di diritto pubblico ³⁾.

Tutto ciò prova una cosa: e cioè la tendenza all'universalità propria delle norme giuridiche. E questo è vero anche per gli istituti: anzi ne è un corollario abbastanza logico. Noi, civilisti, siamo avvezzi a considerare certi istituti (la proprietà, la servitù, il contratto, l'obbligazione) come istituti di diritto privato. Niente di più falso: sono invece da considerarsi come alberi annosi, le cui radici si insinuano indifferentemente nel territorio del diritto privato, come in quello del diritto pubblico; e abbiamo così la proprietà privata e pubblica; la servitù di diritto privato e di diritto pubblico. E lo stesso per gli altri istituti ⁴⁾.

¹⁾ E come ritiene in prevalenza la giurisprudenza. Cass. Roma, 9 ottobre 1913, *Foro it.*, 1914, I, 13. Invece il ROMANO (così come JELLINEK, cit., p. 200) considera diritti pubblici soggettivi anche questi dello stipendio, ecc. *Teoria del diritto pubbl. sogg.*, nel *Trattato* dell'ORLANDO, p. 220.

²⁾ CHIRONI, op. cit., p. 474.

³⁾ Se non erro, si trova in questo ordine di idee anche il ROMANO, *Principi*, I. cit., che ammette l'analogia del diritto privato al diritto amministrativo, in base al fatto che la natura dei due diritti è uguale e perciò « ne viene che non pochi principi sono ad essi comuni ». E il ROMANO ricorda che questi principi comuni sono stati per lo più elaborati in materiale connessione col diritto privato, dal che nasce l'illusione che si tratti di principi appartenenti fondamentalmente al diritto privato, e la cui estensione al diritto amministrativo ricordi il rapporto tra diritto comune e diritto d'eccezione: ciò che il ROMANO a ragione contesta. Anche nella sua *Teoria dei diritti pubbl. sogg.*, cit., p. 131, lo stesso scrittore afferma con ragione che non si può escludere dai rapporti di diritto pubblico ogni principio che trova la sua sede consueta nel diritto privato. Pure il CAMMEO, *Commentario*, p. 198, riconosce « supremi principi regolatori », applicandoli promiscuamente al campo del diritto privato e al diritto amministrativo. E così anche, se non erro, il FUNCKE, *Verwaltung im ihrem Verhältniss zur Just.*, p. 46, cit. in MAYER, op. cit., p. 137, nota 3: il diritto pubblico comprende anche i rapporti concernenti lo Stato « in cui, benchè obiettivamente appartenente al diritto pubblico, il carattere di diritto privato è da considerarsi come prevalente ».

⁴⁾ In questo senso MAYER, cit., p. 137, nota 3. Un esempio tipico del pregiudizio, dirò così, privatistico, è il ragionamento con cui il GIANNINI, op. cit., p. 105, conclude che il contratto postale è di diritto privato. Il GIANNINI ritiene che « il contratto di diritto pubblico » o è « vuoto di senso » o è pura « metafora »: infatti, esistono tutti i requisiti essenziali di un contratto? Se sì, dunque è con-

E lo stesso — e con ciò ritorniamo direttamente al nostro argomento — è per il contratto. Il tipo negoziale — come armonia e fusione di almeno due volontà (quindi si badi a non identificare più il contratto di diritto privato e il contratto di diritto pubblico) — è unico, nel diritto privato come nel pubblico. E dopo ciò non parrà strano, dopo quanto si è detto, che alcune norme appartengano al diritto contrattuale nel senso più ampio, comprendente, come il diritto comune e il diritto commerciale, così il diritto privato e il diritto pubblico; norme codificate ad occasione del diritto privato o ad occasione del diritto pubblico. Più facilmente, dicevamo, del diritto privato.

Infatti la costruzione del « contratto di diritto pubblico », si voglia o no, è costruzione desunta dalla sistematica del diritto privato. L'opera di organamento sistematico del diritto pubblico — a cui la recentissima schiera di ottimi cultori del diritto amministrativo in Italia si è accinta con magnifico impulso — è venuta assai tardi, quando la ricostruzione sistematica del diritto privato già si assideva su salde basi. Nessuna meraviglia, perciò, che molti strumenti di ricostruzione siano stati mutuati dal diritto privato ¹⁾. Ad ogni modo ripeto, con ciò non diciamo che il concetto del « contratto » sia un concetto eminentemente di diritto privato: sussiste nel diritto internazionale pubblico, sussiste, vedemmo, nel campo del diritto amministrativo. Non comprendo perciò la ripugnanza in alcuni cultori del diritto pubblico ad accettarlo.

Il concetto qui esposto, se è forse nuovo nella formulazione sua, nella sostanza, nel pratico risultato è, almeno in parte, già latente nel pensiero degli scrittori di diritto pubblico e privato. Infatti ne è ammessa in parte la sostanza col ricorso che comunemente si fa dell'analogia dal diritto privato al pubblico ²⁾.

La differenza sta in ciò: che nella mente di coloro che questa analogia ammettono si tratta pur sempre dell'applicazione al diritto pubblico di una norma di diritto privato: mentre è più esatto ritenere che si tratti di norma di diritto privato e di diritto pubblico (patri-

tratto di diritto privato. Ciò permette al M.^o GIANNINI di concludere pure, quanto al rapporto di pubblico impiego, che non appartiene alla categoria delle locazioni di lavoro; e che perciò non è neppure di diritto privato. Il contratto non oltrepassa dunque la zona del diritto privato: ciò che veramente il GIANNINI non ha dimostrato. L'egregio scrittore mi permetterà gli osservi che questo è semplicismo giuridico.

¹⁾ Cf. PACINOTTI, *L'impiego*, ecc., p. 19 sg. Pel concetto di « unità del diritto », innegabile, purchè non sia esagerato, cf. questo autore, *cod.*, p. 18, e COVIELLO, *cit.*, pag. 13.

²⁾ A cominciare dal JELLINEK; cfr. pure il FORTI, *op. cit.*, col. 408, nota 5.

moniale), ma codificata ad occasione del diritto privato: l'art. 36 cod. comm., nello stesso modo, è norma anche di diritto civile ¹⁾.

L'importanza da un punto di vista pratico di questa formulazione è evidente.

Pel diritto pubblico essa è importante, in quanto — colle debite cautele — rimane avvalorata la possibilità di invocare nel dubbio le disposizioni che troviamo codificate dal diritto privato e che, come abbiám visto, sono norme comuni a rapporti di diritto privato e di diritto pubblico, non norme di diritto privato ²⁾.

Ma è vero (e a noi cultori del diritto privato questo importa soprattutto) anche la reciproca. E cioè nel silenzio (cosa non strana, sul nostro argomento del lavoro!) del diritto privato non è impossibile che leggi speciali del diritto pubblico contengano norme le quali, benchè emanate ad occasione di un rapporto di diritto pubblico, sono però da considerarsi come espressione di una norma più ampia, applicabile ad altri casi (del diritto privato) del contratto di lavoro.

Teoricamente questa concezione avrebbe il vantaggio di conciliare le esigenze delle varie teorie che si sono contese il campo (salvo naturalmente quella che nega la contrattualità) circa la natura del rapporto di impiego con uno degli enti autarchici. Io ricordo come il Meucci abbia ritenuto questo rapporto essere di diritto pubblico, e tuttavia neghi che vi sia « un'antinomia tra l'essere questi rapporti di diritto pubblico o politico e l'esser di privato o civile » ³⁾. Il qual concetto non mi pare, veramente, molto chiaro; mentre la nostra formulazione ci sembra, oltre che giuridicamente ortodossa, molto chiara nella sua portata pratica ⁴⁾.

¹⁾ Si può anche tener fermo il concetto di analogia, purchè però le si riconosca il suo carattere vero, di applicazione di una norma, che è in realtà più ampia di quanto non comporti apparentemente il suo riferimento diretto al caso disciplinato, ad altri casi in quella norma direttamente contenuti, benchè non richiamati da essa in modo esplicito. Resta dunque inteso che discorrendo di analogia dal diritto privato al pubblico ammettiamo che la norma estesa è anche norma di diritto pubblico. E lo stesso viceversa.

²⁾ Conforme il RAGGI, in *Filangieri*, 1900, p. 820, che ammette l'analogia dal diritto privato al pubblico in quanto quello non contraddica i principii direttivi fondamentali di questo, e per le norme che si possano riannodare ai principii comuni ai due diritti.

³⁾ *Istit. di diritto amministrativo*, p. 186. Il MEUCCI riconosce che il rapporto tra Stato e impiegato è « di diritto pubblico, nel senso che ai principii di diritto comune e ordinario intreccia alcuni elementi speciali per la pubblica utilità (p. 189). Perciò è un rapporto di diritto civile speciale ». Il MEUCCI qui allude evidentemente a quel diritto civile amministrativo, la cui formazione scientifica trova sempre più largo consenso in Italia, e che è in sostanza alimentato da quei principii di carattere così ampio e universale, che, vedemmo, abbracciano il campo del diritto privato e quello del diritto amministrativo.

⁴⁾ La Cass. Roma, 17 agosto 1908, *Riv. dir. comm.*, 1909, II, 15, ha invece

141. E concludiamo davvero.

Ammesso che questi rapporti appartenenti al diritto pubblico risalgono a un contratto; ammesso d'altra parte che da questo contratto scende il solito sinallagma che ci interessa (obbligo di fare, obbligo di pagare un compenso), nulla di male, nulla di affrettato nella conclusione: dunque abbiamo qui forme peculiari del « contratto di lavoro » ¹⁾.

Ma « contratto di lavoro » di diritto pubblico ²⁾. Quest'espressione certamente ripugnerà ³⁾ ai molti che sogliono limitare il « contratto di lavoro » a quello industriale, e che presuppone il rapporto di subordinazione tecnica tra chi dà e chi riceve il lavoro. Ma ciò è inesatto: è mia convinzione che quella sia l'espressione di un tipo generalissimo, amplissimo di contratto.

Nè mi convincono le ragioni che il Ranalletti ha succintamente indicato contro questo concetto di un « contratto di lavoro ». Preseindo ora dalla sua negazione — di cui ci occupammo — che un contratto sussista, e su cui non è più il caso di ritornare.

Il Ranalletti cita la possibilità che il funzionario sia senza stipendio; la mercede, dice ⁴⁾, non è elemento essenziale del rapporto. Questo è

esplicitamente negato, secondo me a torto, la possibilità di ogni e qualunque analogia tra il contratto di impiego privato e quello pubblico. Essa argomenta dalla diversa natura delle funzioni esercitate, e dalla indefettibilità degli Enti pubblici che si giovano dell'opera degli impiegati. Ma questo imprimerà delle differenze nella disciplina dell'istituto; è però eccessivo pensare che si tratti di due tipi di contratto differenti, senza comunanza di sfondo. Che poi la disciplina dell'impiego pubblico sia più minuta (ad opera della legge), il privato più variabile, non toglie che in ambo i casi la struttura del contratto sia preordinata dall'ordine giuridico, tuttavia con maggior elasticità di contenuto pel diritto privato, perchè i casi sono più vari, e vi predomina l'autonomia privata.

¹⁾ È la tesi prevalentemente accolta nella giurisprudenza, in cui però, non è sempre chiara; spesso si ammette senz'altro (e qui sta l'errore) che sia locazione d'opera del diritto privato. Per il rapporto coll'amministrazione delle poste ammette un contratto di lavoro il LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 322 (per il GIANNINI, op. cit., p. 107, è locazione d'opera di diritto privato); e così pure pel trasporto ferroviario colle ferrovie di Stato, cf. ivi, p. 323. Viceversa lo nega nei rapporti di impiego coi funzionari dello Stato, ivi, p. 2. Cf. App. Torino, 29 gennaio 1912, *Foro*, 1912, I, 1036.

²⁾ E così nel « sistema giuridico del lavoro » penetra anche il diritto pubblico. Ciò fu già avvertito qua e là dal LOTMAR, nella sua trattazione del contratto di lavoro: anche il SINZHEIMER, *Arch. für das bürgerl. Recht.*, 24 (1910), p. 316, avverte la necessità di indagare quanta parte del diritto pubblico entri in questa unificazione del diritto del lavoro che la scienza va ricomponendo. Anzi abbiamo già ricordato che nel sistema giuridico del lavoro il diritto pubblico va sempre aumentando, mercè la legislazione sociale del lavoro.

³⁾ Per ciò se ne fa talora un contratto *sui generis*: ad es. il BONASI, *Della responsabilità dei pubblici funzionari*, ecc., 238, p. 667, ne fa un contratto innominato (art. 1103).

⁴⁾ *Rivista di diritto pubblico*, I, p. 134, nota 2. Il JELLINEK, op. cit., p. 199,

verissimo. Ma mi affretto a soggiungere che in tal caso il rapporto va certo concepito diversamente, non è più accoglibile il nostro risultato: si potrà avere, ad es., il mandato. Non intendiamo generalizzare il nostro risultato a tutti gli impiegati dello Stato in genere, ma solo a quelli per cui si verifichi quel sinallagma che sappiamo ¹⁾.

Invece il concetto del Ranelletti è tale che pare strano come non possa rientrare nel nostro. Infatti, escluso che l'impiego sia un organo, o sia sempre un rappresentante (e questo è esatto: può esserlo, non lo è sempre) egli conclude nel senso che « il rapporto fondamentale che unisce tali persone allo Stato è... quello di servizio, che sta nella condizione di preposizione ad un ufficio statale ²⁾. Un rapporto di servizio (di lavoro, insomma) che può autorizzare eventualmente l'impiegato alla funzione di rappresentanza è un rapporto da cui nascono diritti per l'impiegato (ad essere mantenuto e riconosciuto nel rapporto di servizio con lo Stato, ad essere ammesso alle funzioni proprie dell'ufficio, alio stipendio, alla pensione, alla indennità), diritti per lo Stato (a pretendere l'esatto adempimento di quelle funzioni, alla conservazione del segreto, ecc.). Cose tutte che rientrano perfettamente, come ognuno vede, nello schema generalissimo di quell'ampio tipo negoziale che è il nostro « contratto di lavoro ».

142. A questo punto, il problema che ci interessa è di sapere quali sono i rapporti tra questo « contratto di lavoro di diritto pubblico » e il « contratto di lavoro di diritto privato ».

Le ipotesi astrattamente possibili sono due. O riteniamo che tra l'uno e l'altro tipo negoziale interceda un solco così profondo da sottrarre completamente il contratto di lavoro di diritto pubblico al di-

fa di questo un argomento per negare che lo stipendio sia retribuzione di lavoro. La possibilità che manchi lo stipendio è ammessa dal Trib. Roma, 27 dic. 1911, *Cass. Un.*, XXIII, 1336.

¹⁾ Il CAMMEO ricorda come la retribuzione del funzionario non sia equivalente al servizio prestato (*Commentario*, p. 204), per dedurre che il rapporto è di diritto pubblico. Ora, se ciò fosse vero, quanto a quella equivalenza, è indubbio che non si avrebbe il « contratto di lavoro », nel senso in cui noi lo intendiamo. Ma mi affretto anche a soggiungere che una equivalenza vi è indubbiamente, intesa questa nell'unico significato che le si può dare: di equivalenza soggettiva. Ritenere che la commutatività dei contratti sia un fenomeno oggettivo, e non invece di mero apprezzamento soggettivo per parte di ognuno dei contraenti, è disconoscere un principio elementare del fenomeno economico dello scambio.

²⁾ Al RANELLETTI non è naturalmente sfuggito che non basta dire: al funzionario lo Stato delega una particella più o meno notevole di potestà pubblica; esso non è un impiegato, ma un delegato di potere (così il DUBIEF, *La législ. du travail*, p. 27), perchè rimane insoluto il problema: ma che natura giuridica ha il rapporto tra lo Stato e il funzionario? Che veste giuridica assume questa delega di potere (quando c'è)? Così come non basta dire in diritto privato: Tizio ha avuto la rappresentanza da Caio; rimane a vedere quale altro negozio (oltre la procura) intercede tra Tizio e Caio.

ritto privato. Questo solco romperebbe qualunque interferenza possibile; nessuna proiezione dall'un campo sull'altro; nessuna ramificazione, nessuna radice dall'uno all'altro.

Oppure, con teoria molto meno assoluta, si può ritenere che proiezioni si riverberino dall'uno all'altro campo; che cioè in ultima analisi l'unità del diritto conduca all'unità del tipo contrattuale, il quale non sarebbe peculiare all'uno o all'altro dei diritti, ma abbraccerebbe tutti e due ¹⁾. E così sarebbe da ritenere, secondo me, per altri tipi contrattuali ²⁾. Unità di tipo contrattuale che però non esclude (il che è fenomeno costante nel campo del diritto contrattuale) la possibilità che il contenuto del contratto abbia a essere modificato, talora sensibilmente, secondo la natura dei soggetti, e la veste colla quale intervengono nel contratto. Quando si tratti, cioè, dello Stato o di altro Ente autarchico munito di potere sovrano per delegazione dallo Stato, e questo soggetto intervenga ad occasione e per causa di una gestione sua informata alla sovranità, nel senso da noi visto sopra, il contenuto del contratto assume una fisionomia propria, che ha per effetto principalissimo di sottrarlo alla disciplina del diritto privato: e allora questo contratto assume il carattere di contratto di diritto pubblico.

La modificazione principale nel contenuto di questo contratto di lavoro è progettata appunto dal carattere di Ente sovrano proprio di questo soggetto, e dal fatto che il contratto non è che un mezzo per l'attuazione di uno scopo di interesse pubblico. In esso perciò va assicurata la tutela delle legittime aspettative del privato contraente, in esso suscitate dall'accordo, sino al punto in cui la destinazione fondamentale teleologica del rapporto (il pubblico interesse) lo tollera.

¹⁾ E se così è, non so perchè non dovrebbero esser d'accordo con me FAGIOLARI e PRESUTTI, *Comm.*, cit., III, p. 7, i quali mi oppongono che il concetto che ho esposto sopra (spec. a n. 139) elimina un'obiezione all'ammissione del contratto di diritto pubblico, ma non lo dimostra in modo positivo. Io credo che in fondo l'accordo tra noi sia più sostanziale che non paia. Perchè anch'io sostengo l'unità dell'ampia categoria del tipo di negozio, anch'io ammetto che molti principi generali sono comuni. Ma il FAGIOLARI e il PRESUTTI non possono contestarmi che il contratto nel diritto pubblico abbia anche una propria fisionomia e una propria disciplina, che merita se ne faccia un sottotipo a sè. Che poi questa creazione di un sottotipo « locazione di lavoro pel diritto pubblico » distinta dalla « locazione di lavoro pel diritto privato » possa causare « enormi confusioni » non ammetterei proprio!

²⁾ Così, ad esempio, fu deciso dalla Suprema Corte romana a sezioni riunite (16 febbraio 1899, *Mon. trib.*, 1899, pp. 523-524), che « la prestazione della cauzione può, in molti casi, come quelli di concessione di tombola, costituire una condizione che accompagna l'atto di impero, ma gli effetti che ne derivano mettono capo a tutt'altro rapporto che non è quello nascente dall'atto di impero...; lo Stato viene ad assumere rispetto al cauzionante la figura di un vero e proprio depositario »; conseguenza importantissima, lo Stato risponderà della colpa contrattuale degli impiegati circa la custodia del deposito. Dunque non è che si estenda l'istituto privatistico del deposito: si tratta invece di un istituto che abbraccia direttamente anche il diritto pubblico.

Il segnare esattamente questo punto non è qui mio compito, almeno per ora. Ricorderò, quanto al rapporto di impiego ¹⁾, come in quanto concerne la promozione, l'assegnazione, la disciplina ²⁾ domini, nei limiti dell'osservanza delle leggi in proposito, l'esclusivo potere discrezionale dell'Ente pubblico; si tratta di apprezzare l'interesse della pubblica amministrazione, apprezzamento non sottoposto al sindacato dell'autorità giurisdizionale ordinaria. Non è che qui ci sia emanazione di vera sovranità, quindi piena unilateralità: poichè è evidente che l'assoggettamento dell'impiegato allo Stato in questa parte non ha radice nella sua qualità di suddito, ma è un particolare assoggettamento, a cui si è vincolato col contratto ³⁾; non è quindi il caso di discorrere qui di sovranità. È invece una supremazia che spetta allo Stato, come tutore e gestore di quell'interesse pubblico, più particolarmente di quello scopo pubblico determinato a cui il rapporto di impiego è preordinato come mezzo a fine.

Ma si tratta, dunque, di principi propri esclusivamente del diritto pubblico? Si potrebbe anche non affermarlo, malgrado l'impressione prima. Infatti non si deve dimenticare che, per il diritto privato, il contraente che nel contratto di lavoro ha il rischio e la gestione diretta e la relativa responsabilità circa la destinazione del lavoro dall'altro contraente fornito allo scopo cui deve servire (locazione di opere), deve anche avere una certa corrispondente autonomia nell'impiego di questa attività di lavoro; deve poterne disporre, deve poterla incanalare in quella guisa che gli sembra più opportuna pel raggiungimento di quello scopo. Di qui quegli atti eminentemente unilaterali

¹⁾ A proposito del quale vi sarebbe ancora l'obiezione del KOHLER, *System d. bürger. Rechts*, I, per cui gli impiegati non sono che organi del secondo, quindi è ad essi inestensibile il concetto di un contratto di lavoro (a locazione d'opera). Ma di ciò discorreremo appresso a proposito delle persone giuridiche, come soggetti del contratto di lavoro.

²⁾ Cass. Roma, Sez. un. 22 aprile 1911, *Contr. lav.*, 1911, 234: queste parti « non possono essere l'effetto di un diritto subbiettivo individuale contrattuale, ma sono l'esplicazione di pubblici interessi statali ». Il CHIRONI afferma, *Colpa contr.*, p. 475, che il pubblico impiegato non ha diritti contrattuali (come l'impiegato privato), almeno limitatamente alla parte in cui domina l'imperium; li riconosce invece nei limiti dell'elemento economico (es. il diritto allo stipendio). Intesa questa distinzione così assolutamente, e non in relazione al potere discrezionale, essa ricorda il concetto (SARWEX cit. da ROMANO, *La teoria dei dir. pubbl. subbiettivi*, in *Trattato dell'ORLANDO*, I, p. 123), che limita il diritto pubblico soggettivo a quello con contenuto patrimoniale.

³⁾ Il giudice non può apprezzare i motivi che hanno indotto una delle parti a recedere dal contratto (se è osservato il termine di preavviso, e il contratto è a tempo indeterminato): qui però le parti sono eguali di fronte l'una all'altra, non si tratta della speciale supremazia di cui nel testo. Si noti, poi, che la facoltà pel creditore del lavoro di assegnare ad es. il lavoratore ad altre mansioni, così come l'egual facoltà dello Stato, non è assoluta, ma è limitata alla categoria del lavoro che è determinata nel contratto; salvo gli usi (locali, o di diritto pubblico).

che sono gli « ordini » (es., ordini di servizio, invio in missione in altra località, assegnazione di altri lavori, ecc.), o le disposizioni di promozione, ecc. ¹⁾).

Vi è dunque un'unità tra le due manifestazioni del nostro contratto, che è vera non rispetto ai soli elementi che si sogliono chiamare economico-patrimoniali, comuni a rapporti del diritto privato e del diritto amministrativo. A guardar bene vi è una certa analogia, un cotal parallelismo tra i due diritti rispetto a certi elementi che non hanno carattere patrimoniale. Ad es. (quanto al contratto di lavoro coi pubblici impiegati) tutta la materia disciplinare. Il potere disciplinare sussiste in realtà anche in rapporti di diritto privato (anche diritto di famiglia) tra cui è anche il nostro (il contratto di lavoro); e anche nell'esercizio di questo potere — che tanto nel campo di diritto pubblico che in quello del diritto privato si riconnette strettamente al rapporto di subordinazione tecnica sussistente pure, benchè con caratteri proprii, in una delle due grandi ramificazioni del contratto di lavoro privato (la cosidd. locazione di opere) — ha luogo un certo potere discrezionale (non eccessivo: qui appunto è uno dei punti differenziali). Certo errerebbe chi derivasse un'assoluta identità dei due poteri disciplinari nei due campi: questo no. Ma mi par certo — checchè si sia affermato in contrario ²⁾ — che non sia diversa la ragion d'essere del rapporto di subordinazione nei due casi. Nell'uno non è che subordinazione limitata strettamente alla tecnica attuazione del lavoro, nell'altro, ripeto, non è la subordinazione del suddito al potere sovrano (*imperium*) dello Stato ³⁾); nell'uno la ragion d'essere è limitata agli scopi individuali (di produzione, ecc.) del creditore del lavoro, nell'altro pure agli scopi per cui esiste lo Stato, ma malgrado la differenza della natura di questi scopi (collettivi!) da quelli (indi-

¹⁾ Più energica è forse l'unilateralità del potere discrezionale del contratto di diritto pubblico: ma si pensi anche alla moderna e liberale salvaguardia della giurisdizione amministrativa. A prova di quella maggiore energia sta la libera modificabilità delle sanzioni disciplinari, per parte dell'amministrazione. Ad ogni modo è questione di gradazione: non può essere, questo, un indice per la non contrattualità (cfr. sopra, n. 133). In conclusione noi siamo pienamente d'accordo con coloro che, quanto al problema della contrattualità tra Stato e funzionari, distinguono tra creazione del rapporto tra le parti, e direzione del pubblico servizio, o disciplina dei rapporti col pubblico (questo è veramente compreso in quello). Cfr. MORAGLIA, in *Rivista dir. pubbl.*, 1911, II, 56. Solo che la valutazione di questa distinzione, ne' rapporti col diritto privato, può essere differente.

²⁾ Dal ROMANO, in *Giur. il.*, 1898, IV, col. 241 sg.; dal CHIRONI, *Colpa contratt.*, p. 478; dal CAMMEO, *Comment.*, p. 204. Del resto è questione di definire il concetto di « sovranità ». Se vi si allude al rapporto tra lo Stato e i sudditi non vi può esser compreso l'impiegato.

³⁾ Perciò l'atto che pone in essere il potere disciplinare dello Stato non è di impero. Cfr. ROMANO, op. cit., col. 246.

viduali!) mi pare che tra quei due poteri esista un vero parallelismo nelle linee generali ¹⁾, se non nella particolare applicazione ²⁾.

E questo parallelismo è così vero che vi è una zona grigia di casi che, a torto, non si sa talora se assegnare al diritto pubblico o al diritto privato, e in cui si propongono gli stessi problemi relativi alla insindacabilità del potere discrezionale. Non è una prova, questa, che il fenomeno, nelle sue linee tipiche, è identico nei due territori?

All'infuori di questa parte fluttuante, che è sottoposta alla volontà esclusiva (ma nei limiti della legge) della pubblica amministrazione, rimangono ancora qua e là evidenti le orme segnate nella disciplina del rapporto col privato dalla natura sua speciale. Per fare un esempio accennerò, nei contratti di appalto di lavori pubblici, all'art. 351, legge sui lavori pubblici, in cui è stabilita l'insequestrabilità del compenso dovuto all'imprenditore, nell'interesse della pacifica continuazione dei lavori, e contro l'interesse privato dei creditori dell'appaltatore; poi alle forme dei contratti, alle garanzie richieste nell'interesse della pubblica amministrazione. Qui abbiamo un vero distacco dal diritto privato comune ³⁾: ma non sono differenze che tocchino la sostanza del rapporto sino a operare un solco profondo tra le due manifestazioni del contratto di lavoro.

143. Rimangono, dopo ciò, elementi di carattere patrimoniale rispetto ai quali (es., il diritto allo stipendio, alla pensione, ecc.) parrebbe dover essere incontestata la identità del fenomeno col diritto privato: qui il contratto crea diritti e doveri ⁴⁾; qui deve potersi indubbiamente ammettere l'estensione analogica ⁵⁾, almeno laddove non sussista un evi-

¹⁾ Il ROMANO, però va troppo in là quando nega a questo potere, applicato a certi rapporti di diritto privato, il nome di potere disciplinare (op. cit., col. 244). Lo è indubbiamente; si pensi alla forma e all'importanza che esso assume così come è stabilito nei regolamenti di fabbrica!

²⁾ Nessuno poi vorrà considerare il diritto dello Stato alla fedeltà, al segreto, all'obbedienza come tipici dell'impiegante-Stato, e non di qualunque altro impiegante-privato. Cfr. ROMANO, *La teoria dei dir. pubbl. sogg.*, cit., p. 158.

³⁾ Cfr. pure gli art. 7 e 8 (all. E) legge cit., sui lavori pubblici (20 marzo 1865), e in proposito CAMMEO, *Comment.*, cit., p. 705 sg.; VITTA, cit., p. 85. È disegualianza cagionata dalla natura del contraente appaltante, e che (a confessione dello stesso VITTA) non altera la contrattualità del rapporto.

⁴⁾ Cass. Roma, 9 ottobre 1913, *Foro it.*, 1914, I, 13.

⁵⁾ La Cass. di Roma, 17 agosto 1908, *Contr. di lavoro*, 1908, p. 257, ha invece escluso perentoriamente, a torto, la possibilità di questa analogia. Nella specie il debitore del lavoro (locatore di opere) asseriva non ispettare all'altra parte, un privato — si trattava di locazione di opere a tempo indeterminato — il diritto unilaterale di recesso *ad nutum*, e per asserire ciò argomentava per analogia dai rapporti degli impiegati con le pubbliche amministrazioni. La tesi era evidentemente erronea. Ma la Corte credette di poterne dimostrare la falsità negando la possibilità di qualunque analogia: 1.° per la diversa natura delle funzioni spettanti agli impiegati del privato e dello Stato: 2.° per la indefettibilità degli Enti pubblici che si gio-

dente *jus singulare* che si allontani dal sistema del diritto privato. Infatti, anche qui sarebbe erroneo credere alla completa parificazione. Poichè il medesimo carattere dello Stato come Ente sovrano, e dello scopo pubblico cui il rapporto è asservito può influire anche su questi elementi economici: ad es., se per ragioni di servizio l'impiegato è collocato in aspettativa o in disponibilità, il suo stipendio subisce una riduzione: è sempre il medesimo principio del necessario e preordinato adattamento del rapporto di impiego alle esigenze della pubblica amministrazione¹⁾.

Parrebbe che almeno il rapporto di prestazione a controprestazione debba essere incontestato, quanto alla mercede. Ma anche qui non sono mancate le obiezioni, che, a mio avviso, sono tuttavia destituite di fondamento.

Così il Loewenberg²⁾ si oppone al concetto di uno scambio di lavoro contro mercede. Esso oppone che appare essere inconciliabile il concetto di speculazione economica colle mansioni degli impiegati che esercitano il *ius imperii*, i diritti di sovranità dello Stato. L'attività politica di cotesti funzionari, dice il Loewenberg, comporta solo un compenso per il sostentamento loro, ma non una retribuzione delle prestazioni da loro fatte³⁾: una siffatta retribuzione discrediterebbe e umilierebbe completamente le funzioni pubbliche. Ancora — dice

vano dell'opera degli impiegati; e soprattutto 3.º « non potendosi riscontrare materie analoghe tra un contratto che ha la sua fisionomia certa e precisa mediante le norme speciali che lo governano, com'è il contratto degli impiegati delle pubbliche amministrazioni, ed un contratto la cui definizione non è già il prodotto di una concezione aprioristica, ma il risultato di riscontri e di valutazioni » dipendenti da variabili condizioni di fatto. Non mi sarebbe difficile, credo, confutare la portata assoluta di queste obiezioni: qui mi limito a osservare come è appunto l'esistenza di norme che disciplinano il rapporto di pubblico impiego che fa sorgere la questione di una possibile estensione analogica.

¹⁾ Di cui sopra, n. 133. E non è questa dunque una ragione per la non contrattualità. Contro cfr. VITTA, cit., p. 77. Cfr. art. 20 sg., in specie art. 27, testo unico sullo stato giurid. impiegati, 22 novembre 1908, n. 693.

²⁾ Nei già cit. *Gutachten aus dem Anwaltstande* (1889), p. 914.

³⁾ Abbiamo visto sopra (p. 136, nota 2) come il LABAND e il JELLINEK concordino pure nell'escludere che lo stipendio sia retribuzione. Aggiungiamo qui che non basta a mio avviso opporre la possibilità che uno stipendio manchi (cfr. sopra, p. 299, nota 2), e che anche il funzionario che non presta servizio possa avere diritto allo stipendio; che la specie, la qualità, la quantità, dei servigi non influiscano affatto sullo stipendio. Le prime due osservazioni sono vere anche pel diritto privato (cfr. sopra, p. 149-150, e p. 299); e non si può (vedemmo) seriamente contestare qui la qualità di retribuzione propria della mercede. Che poi un consigliere di Cassazione sia pagato più di un pretore è un fatto comune anche al diritto privato, non si riconnette unicamente a ragioni proprie del diritto pubblico. E però verissimo che la preoccupazione del decoro della posizione dell'impiegato ha uno speciale risalto qui, trattandosi di impiegati cui è delegato l'esercizio di poteri della sovranità.

sempre il Loewenberg — l'esercizio di coteste mansioni è protetto con norme speciali contro mercenarie, estranee influenze.

Contro quest'ultima osservazione notiamo subito che questa protezione è comune a tutte le altre forme, anche tipiche, di contratto di lavoro, e in genere a ogni altro rapporto obbligatorio privato ¹⁾, e corrisponde al divieto fatto al debitore di lasciarsi indurre da terze persone a non adempiere al dovere contrattuale. Quando l'interesse è meramente privato non vi sono, di regola, sanzioni penali, che subentrano invece quando esiste un interesse pubblico da proteggere. Non è questione, come ognuno vede, che di gradazione nella sanzione.

Ma quella che si può ferire nel vivo è la teoria sostanziale del Loewenberg, che riposa su concetti idealistici non rispondenti alla realtà; dovremmo qui ripetere quanto già altrove dicemmo diffusamente a proposito delle professioni liberali: in ciò sono ormai d'accordo gli scrittori del diritto pubblico. E si può anzi discutere se vi sia qui proprio un rivolgimento di idee, oggi, in confronto al diritto romano, dove queste cariche pubbliche erano perfettamente onorifiche, e veniva concesso un compenso, a quanto un tempo si riteneva, per il sostentamento dell'impiegato, non come corrispettivo. Parecchi scrittori negano questo movimento evolutivo compiutosi a proposito di questi impieghi, per cui oggi si concepisce perfettamente l'idea di corrispettivo.

Piuttosto contro il concetto di scambio di lavoro contro retribuzione, tipico del contratto di lavoro, è stato opposto che in certi casi l'attività di lavoro dello Stato, nella gestione di servizi, è retribuita dal privato con una «tassa», da cui esula ogni idea di uno scambio, così come lo si concepisce nelle contrattazioni private. Così è stato obiettato che pel servizio postale, telegrafico, ferroviario ecc. il privato deve pagare una «tassa» ²⁾, la quale non è equivalente al servizio ricevuto ³⁾, così come è equivalente il prezzo o il corrispettivo alla prestazione principale nei contratti privati in regime di libera concorrenza: la tassa, cioè la retribuzione, è inferiore al prezzo di costo in regime di libera concorrenza ⁴⁾. E la Cassazione romana, citata,

¹⁾ Cfr. le mie *Istituzioni di dir. civile*, p. 97.

²⁾ Naturalmente qui mi limito alla tassa correlativa a una prestazione amministrativa di fare. Cfr. TANGORRA, *Contributo alla teoria delle tasse*, Pisa, 1913, p. 7.

³⁾ CAMMEO, *Comment.*, l. cit. Questo concetto di tassa è stato recentemente riaffermato dalla Cass. Roma, Sez. un., 21, 23 e 28, III, 1912, *Foro*, 588.

⁴⁾ Alenchè di simile è stato detto anche per un rapporto inverso di servizio e compenso: servizio dato dal privato (impiegato) e compenso dello Stato. Il PANTALEONI (*Scritti*, II, p. 247) nega che questo rapporto di impiego scenda da un contratto privato di locazione d'opera, perchè la propria fisionomia, ad es. il criterio economico determinante l'ammontare dello stipendio qui non è eguale a quello che per la mercede di lavoratori liberi; manca la concorrenza, vi è il privilegio!

aggiunge, collocandosi precisamente dal nostro punto di vista circa la differenziazione tra diritto pubblico e privato, che è solo quando il servizio reso dallo Stato « possa venire offerto anche da un privato imprenditore » che il compenso rappresenta il corrispettivo di diritto comune, « che negli ordinari contratti di locazione d'opera, di compra-vendita rappresenta l'equivalente del servizio prestato o della cosa somministrata » (sentenza 23 marzo); mentre diversamente non è che un « contributo imposto per alimentare la finanza pubblica ». E in queste parole sarebbe espresso nel modo più chiaro l'antitesi al concetto di un sinallagma contrattuale informato al concetto di uno scambio. Più avanti però la Corte suprema limita l'imposizione tributaria al di più del compenso oltre il limite del costo di produzione (questo, naturalmente, pel caso in cui la retribuzione dovuta dall'utente del servizio pubblico superi il costo di produzione).

Io non posso qui lusingarmi nei dettagli l'argomento, ma ad ogni modo debbo almeno insistere anzitutto nel concetto fondamentale della tassa come « corrispettivo » del servizio dato e ricevuto. È un concetto su cui la dottrina conviene⁴); ed è un equivoco deplorabile

— Veramente non ne sono pienamente convinto. Credo che qui pure la legge della domanda reagisca; è certo che se gli aspiranti a certi pubblici impieghi diminuissero (e ciò si verifica, oggi, per alcuni che esigono attitudini assai meglio compensate tra privati) lo Stato dovrebbe affrettarsi a migliorare le condizioni di retribuzione. È però vero che qui la legge della domanda reagisce assai più lentamente: anzi si verifica, almeno apparentemente, il fenomeno inverso: per cui gli stipendi sono migliorati anche per impieghi per cui è tuttora vivissima la domanda. E tra le ragioni che ciò spiegano ve ne ha qualcuna che tocca d'avvicino la posizione dello Stato come preminente agli individui. — Il LEXIS, *Allgemeine Volkswirtschaftslehre*, Berlin, 1910, p. 9, ammette un rapporto di servizio, ma esclude che lo stipendio sia dato ai pubblici impiegati in rapporto di scambio: è determinato invece da decreti di diritto pubblico. Ora, che motivi speciali possano influire, può essere (es. il decoro), ma mi pare eccessivo negare lo scambio. Si veggia appresso, quanto alla tassa. Invece il BOURGUIN, op. cit., p. 65, sostiene che gli stipendi dovuti agli agenti dello Stato, e iscritti in bilancio, sono soggetti alle stesse regole economiche che la mercede privata.

⁴) NITTI, *Scienza delle finanze*, p. 270; EINAUDI, *Corso di scienza delle finanze*, Torino, 1914, p. 125-126; FLORA, *Manuale della scienza delle finanze*, (1910), p. 166. Questo concetto di « corrispettivo di un servizio » è stato talora esteso, ma abusivamente, all'imposta (c. cfr. LEROY-BEAULIEU, *Traité de science des finances*, 1912, I, p. 148), dove è invece eminente la unilateralità del rapporto. Sulla definizione della tassa come controprestazione di un servizio speciale reso dallo Stato, cfr. DE FRANCISCI GERBINO, *Le tasse nella dottrina e nel diritto finanziario*, 1910, p. 5. Ma veramente il DE FRANCISCI combatte questo concetto così diffuso, anzi pacifico nella dottrina italiana, per sostituire al concetto di « scambio » quello del « consumo ». Ma dire che nella tassa vi ha il consumo di ricchezza da parte del cittadino per la soddisfazione di determinati bisogni collettivi divisibili, cioè per il godimento effettivo che del servizio ha fatto effettivamente (FLORA, cit. p. 166) il contribuente, è, se non erro, indicare lo stesso fenomeno dal punto di vista unilaterale del contribuente, non in quella sintesi che non disconosce, a mio avviso,

quello di confondere, come fa la Corte suprema di Roma, *tassa* e *imposta*, rappresentando così l'antitesi surricordata: o equivalente contrattuale del servizio; o *imposta*. È vero che la Cassazione non ignora, e si capisce, la limitata portata, secondo l'odierna dottrina, del concetto di *imposta*, e sembra limitare quella sussunzione della *tassa* nell'*imposta* ai soli effetti dell'art. 70 e 71 cod. proc. civ. (col. 590) ¹⁾: qui noi prescindiamo dall'esame di questi articoli. Dunque la *tassa* si trova in una relazione di antitesi col servizio ricevuto, a cui è, nello stesso tempo, strettamente connessa: tal quale, fin qui, come nello scambio. Ma l'esame oggettivo della natura delle tasse postali ci conduce a tutta prima a ritenere come vera l'affermazione del Cammeo: la *tassa* postale non è soggetta puramente alle regole del monopolio privato, perchè lo Stato gerisce e tutela un pubblico interesse, e in virtù di ciò (di quella che il De Viti De Marco ²⁾ chiama la costituzione cooperativa dello Stato) non solo la *tassa* può non superare il costo di produzione, benchè in regime di monopolio, ma (ed è quello che più importa qui) può essere anche inferiore al costo di produzione: nel qual caso la parte residua è a carico della generalità dei contribuenti (ed è prelevata dal ricavo delle imposte) ³⁾. Questo è anzi il presupposto perchè di « *tassa* » si possa discorrere. Sono dunque due ipotesi differenti.

Cominciando da quella in cui non vi è *tassa* perchè il prezzo pagato dagli utenti copre il costo di produzione, senza oltrepassarlo, benchè vi sia monopolio, è evidente che lo Stato si trattiene di sfruttare lo stato di monopolio per un riguardo all'utilità pubblica del servizio. Prescindendo anche dal fatto che, secondo il De Viti, si tratta di un principio vero anche per l'economia privata (a costituzione cooperativa)

l'obbiettiva qualità dello Stato come produttore di servizi pubblici. Lo stesso appunto mi pare si possa fare al TANGORRA, cit., p. 18, per cui il fenomeno della *tassa* non sarebbe già scambio, ma « un fatto di distribuzione del corso » del servizio speciale tra le generalità dei cittadini e gli utenti. Questo non è che un lato del fenomeno, che non distrugge il fatto di un « diritto » pagato da chi domanda quel servizio (come ammette il TANGORRA), cioè un dare contro un fare. Del resto lo stesso TANGORRA riconosce che, per conseguenza, la *tassa* è un « prezzo », sia pure in senso formale (p. 23).

¹⁾ Del resto la stessa Corte (28 marzo, col. 591) dice che « la *tassa* si riferisce ad un servizio della pubblica amministrazione colpito da *tassa* non per la sua indole contrattuale, ma per il servizio di ordine amministrativo che lo Stato rende ai cittadini..... ». Ora: a me pare che con queste parole la Corte non escluda il carattere di corrispettivo o compenso, ma si limiti alla natura contrattuale o no della fonte di esso. Aggiungerò pure che la parola « *tassa* » è usata anche a proposito del servizio postale dei pacchi e dei vaglia, per cui la stessa Corte esclude il carattere pubblicistico.

²⁾ *Lezioni di scienza delle finanze*, p. 80-81.

³⁾ EINAUDI, op. e l. cit.

è tuttavia certo che questa peculiare affermazione di un movente altruistico, e non prettamente speculatore, non elimina il sinallagma: ma è questo il sinallagma che troviamo nei rapporti di scambio come quello del contratto di lavoro? A me l'affermativa pare non dubbia. Qualunque possa essere il complesso dei motivi che preme sulla posizione economico-giuridica di quel contraente che è lo Stato (che non può avere impulsi puramente egoistici ¹⁾ salvo violare la sua stessa natura), ciò non toglie la possibilità che il risultato sia un accordo col privato: *facio ut des*. Ma la natura di quei motivi sfugge all'esame del giurista, ed è irrilevante dal punto di vista della struttura giuridica del rapporto. Certo, si deve riconoscere la profonda differenza tra i due casi, nell'uno dei quali vi è chi può scegliere tra promettere o no una data prestazione di lavoro, e solo vi si decide quando la mercede che gli si offre sia tale da fargli preferire la stipulazione del contratto per quella mercede alla non stipulazione (quindi alla eliminazione del sacrificio del lavoro), quindi alla perdita di quella mercede. È questione di meglio o peggio, in cui egli è giudice col suo apprezzamento; nell'altro caso lo Stato, tutore del pubblico interesse, non ha questa possibilità di scelta. Ma che vi siano circostanze che premiano sull'uno dei contraenti, distogliendolo dall'astenersi dal contrattare, è un fatto comune che rientra nel quadro normale dello scambio: e certo una di queste pressioni è data dalla necessità per lo Stato di gestire nel miglior modo il servizio.

Altro sembra invece, almeno a tutta prima, il caso in cui vi sia tassa, cioè una retribuzione inferiore al costo di produzione del servizio. Sta bene che ciò dipenda dal fatto che una parte dei benefici arrecati dal servizio reso dallo Stato ricade indivisibilmente sulla collettività, che la paga perciò coll'imposta. Ma il risultato è, intanto (così si può pensare), che nei rapporti tra l'utente e lo Stato non tutto l'onere della mercede è addossato al creditore del lavoro: mancherebbe questo requisito fondamentale, proprio dell'onerosità, che vedremo poi necessario a raffigurare il « contratto di lavoro ».

Tuttavia anche qui è a vedere se il contributo recato dall'imposta, in proporzione del beneficio globalmente risentito dalla generalità dei cittadini, cioè dai contribuenti coll'imposta, non debba essere raffigurato come una diminuzione del costo di produzione del servizio: nel

¹⁾ Questo principio è stato recentemente affermato con molto vigore sino ad escludere, come si è rilevato, la distinzione tra attività *jure imperii* e *jure gestionis*, cfr. sopra. Sul proposito, proprio in argomento dei rapporti tra lo Stato e gli operai da essa dipendenti, cfr. PHILIPPOVICH, *Polit. Oekon.*, II, p. 198. Lo Stato, si è detto, non può fare per gli operai quello che qualunque altro privato industriale, che si preoccupi solo del proprio interesse: lo Stato deve essere il modello degli imprenditori, il condottiero del progresso sociale. Ora ciò è ben lungi dall'eliminare la natura contrattuale del rapporto di lavoro tra Stato ed operai!

qual caso la tassa sarebbe pari al costo di produzione, tal quale come nel tipo normale di scambio nel contratto di lavoro tra privati. Un appoggio a questo modo di vedere potrebbe venire dalla possibilità di una identica situazione tra privati. Si supponga, infatti, che un impresario di spettacoli cinematografici allestisca delle pellicole istruttive grazie al concorso finanziario di una società di cultura o di beneficenza: sarà contratto di lavoro quello che interverrà tra l'impresario e il pubblico? Anche qui si potrebbe negarlo, perchè il prezzo di ingresso è inferiore al costo di produzione. E, a mio avviso, questa obiezione sarebbe infondata: io credo che si tratti di vero e proprio contratto di lavoro. Vuol dire che, rispetto agli spettatori, il costo di produzione risulta diminuito in proporzione del contributo che, per il beneficio indivisibile proveniente da quegli spettacoli alla collettività in certo modo rappresentata da quella società di cultura o di beneficenza, è stato pagato all'imprenditore.

Vi ha dunque, limitatamente alla tassa, rapporto di scambio (si vedrà però più avanti in che senso, trattandosi di servizi, questa espressione vada assunta)¹⁾, in cui la tassa è in relazione di equivalenza, dal punto di vista del privato utente, col servizio²⁾, e l'ammontare della tassa è governato di regola dalla legge della domanda e dell'offerta³⁾. È però vero che la funzione sociale, eminentemente altruistica, dello Stato lo induce a comportarsi diversamente da quello che un imprenditore monopolista, signore dell'offerta, farebbe in base a quella legge: spesso lo Stato limita il corrispettivo al di sotto del costo di produzione (ed è allora solamente che si ha la tassa), ciò che un privato monopolista, che non sia animato da intenti filantropici, non farebbe⁴⁾. Ma

¹⁾ Io non credo, come pare non creda neppure il DE-FRANCISCI, che i « servizi » siano « ricchezze »; tuttavia non escludo affatto nella mercede il carattere di controprestazione equivalente al lavoro prestato. Cfr. DE-FRANCISCI, cit., p. 74.

²⁾ FLORA, op. cit., p. 167.

³⁾ FLORA, op. e l. cit.

⁴⁾ Ciò non toglie che si insegni, anzi, come malgrado ciò « la tassa corrisponde alla spesa provocata dal cittadino singolo », FLORA, cit., p. 171. Del resto, ripeto, si può benissimo riconoscere che qui l'altezza del prezzo è determinata da circostanze peculiari allo Stato, relative alla natura pubblica del servizio speciale goduto divisibilmente dal privato: cioè si tratta di un « prezzo pubblico ». Cfr. TANGORRA, cit., p. 18-19-23 (per il PANTALEONI però, in *Giorn. d. econom.*, 1911, I, 25, la tassa è un prezzo economico, non politico; per il BARONI, *op. cit.*, 1912, I, 312, è prezzo semi-politico). Per quanto si ammetta uno scambio, è innegabile che si tratti di uno scambio non governato dalle medesime leggi che lo scambio privato, così come il contratto di lavoro di diritto pubblico si differenzia dal privato. Non è male insistere ancora su questo punto, perchè non sorga l'impressione che io voglia concepire gli istituti di diritto pubblico da un punto di vista troppo privatistico. In realtà la differenza tra i due punti di vista sussiste. Quando si dice che l'altezza della tassa è determinata, come prezzo pubblico, dalla necessità che siano attuati i fini pubblici del servizio (gravanti sulla collettività; e si noti che,

ciò non interessa, anzitutto perchè quella limitazione è suggerita dal fatto che il servizio è utile anche ad altri (alla generalità); poi perchè, come s'è ora visto, fino a un certo punto non interessa conoscere i motivi che determinano un'attività economica: negheremo noi lo scambio, cioè la onerosità, se un forte sindacato di industriali vendesse al di sotto del costo di produzione, per vincere un concorrente?

Dopo tutto ciò pare a me che l'obbiezione del Cammeo non si sostenga. Sempre laddove vi sia prestazione di lavoro contro una retribuzione in funzione di equivalenza nei rapporti tra privato e Stato, e il rapporto complesso si assida sulla sua volontaria assunzione, mi pare si possa riconoscere l'esistenza di un ampio tipo di quel negozio « contratto di lavoro » che, come s'è visto, abbraccia due campi differenti: il diritto privato e il diritto pubblico ¹⁾; tipo che nel passaggio a questo secondo campo assume caratteristiche e forme peculiari: nel suo contenuto fanno irruzione elementi che lo differenziano dal contratto di lavoro del diritto privato ²⁾; differenze ad ogni modo che non eliminano, secondo me, l'unità in certi elementi generalissimi (il noto sinallagma contrattuale) del tipo negoziale fondamentale.

come asserisce il TANGORA, p. 9, ogni singola unità di prestazione amministrativa deve realizzare, sia pur distintamente, anche il fine generale), che quindi quanto maggiore è il fine pubblico tanto minore è la tassa, si ammette con ciò che per provocare un incremento nella domanda del servizio speciale lo Stato diminuisce l'altezza della tassa: ciò che un privato speculatore non farebbe.

¹⁾ Con differenze sensibili anche quanto allo stesso modo di formazione dell'accordo contrattuale. Poichè la volontà dello Stato — data la sua posizione giuridica di fronte all'altra parte — ha un'espressione energica che manca alla volontà del privato. Ricordo poi che in tutti e due i campi senza il concorso dell'altra volontà la dichiarazione di una sola è *inefficace*, non già che sia *nulla*. Dico ciò perchè secondo il CAMMEO, a differenza che nei contratti di diritto privato, la nomina di un impiegato che ancora non abbia espresso la sua volontà è valida, e l'impiegato può sempre profittarne. Ciò (salvo i limiti di tempo) è vero anche pel diritto privato. Solo che (come sopra abbiamo visto) secondo noi quella nomina è *inefficace*, e non investe il nominato della qualità di impiegato.

²⁾ Così accadrà che il carattere di diritto pubblico abbia ad imprimere qua e là al rapporto atteggiamenti peculiari. Ad es. è probabile che abbia ad aumentare la serie delle cause giustificatrici del licenziamento intempestivo o senza preavviso. Ma neppure in questo vedremo un'alterazione dei principii sostanziali. Chè molte e svariatissime essendo le forme e i casi di contratti di lavoro, ne deriva che ognuna di quelle forme, ognuno di quei casi dà ai principii di diritto — che sono come gli *essentialia* caratteristici nel regolamento del contratto di lavoro, e che sono quindi immanenti — una fisionomia speciale o una applicazione propria. Per esempio, magari tra le cause giustificative di cui or ora accennammo vi saranno anche cause politiche o di ordine pubblico, che non si verificheranno in altri casi di rapporti tra privati. Tuttavia la sostanza è sempre quella, non muta: è questione di retta intelligenza nell'applicazione dei principii.

§ 4. — *Se il contratto di lavoro sia necessariamente bilaterale.*

SOMMARIO. — 144. Vari modi onde può attuarsi l'onerosità. — 145. Occorre sempre un'obbligazione di fare. — 146. La prestazione di lavoro solo in condizione. — 147. La condizionalità della prestazione di mercede. — 148. Non occorre che la mercede sia in obbligazione. — 149. Contratto di lavoro mediante proposta al pubblico. In ispecie il contratto stipulato mediante automatico. — 150. Conclusione.

144. La relazione di onerosità, presupponente, come abbian dimostrato sin qui, l'equivalenza e la contrattualità delle due prestazioni, può essere attuata, giuridicamente, in più modi. Il modo tipico, come abbiamo già avvertito al principio del precedente capitolo, è quel collegamento di subordinazione reciproca che è insito nel sinallagma. Questo dà modo di esigere da ognuna delle parti la prestazione che le spetta, poichè essa vi è obbligata: sinallagma è creazione di due obbligazioni, ognuna a carico di ognuno dei contraenti. Abbiamo già visto che per molto tempo bilateralità e onerosità furono anzi confusi stranamente, perchè il codice nostro ne discorre separatamente, risolvendo così una disputa che ancor oggi ferve oltr'alpe ⁴). Invece l'onerosità non è che contrapposizione di oneri equivalenti: quale poi sia la veste giuridica di questi oneri, e come sia garantita la reciproca subordinazione dei due oneri, è questione molto diversa. E la fenomenologia giuridica ci insegna che la soluzione può anche essere diversa dal sinallagma o bilateralità, dalla coesistenza cioè di due obbligazioni tra cui il diritto crei dei nessi di subordinazione (es. art. 1165, che dai più è riferito all'onerosità in genere).

Per es. i presupposti e le esigenze della onerosità sono salvate se una delle prestazioni anzichè un'obbligazione è elemento costitutivo del contratto. È intuitivo che è, anzi, assai più garantito l'interesse di una delle parti quando il suo sacrificio è obbligatorio solo dal momento che essa abbia ricevuta la correlativa prestazione; e lo è invece meno quando la prestazione a cui ha diritto è solo futura, e tuttavia egli è già obbligato ad adempiere la sua prestazione. Sarebbe una forma molto energica di garanzia che, implicando una differenza per il valore di una semplice promessa, è un ritorno allo stadio, come si vede non completamente sorpassato, dei contratti innominati del diritto romano, senza che si tratti di un vero contratto innominato di questo genere.

⁴) Però non è escluso che il legislatore nostro abbia talora usato promiscuamente i due termini. Es., nell'art. 1165 forse si allude più che alla sinallagmaticità, alla contrapposizione di due oneri, anche non equivalenti. È innegabile però che questa opinione, che io ho accolto nelle mie *Istituzioni*, p. 358, ha alquanto dell'arbitrario, di fronte ad articoli come il 1101 e il 1103.

Teoricamente, dunque, nulla si oppone a ciò, che anche nel contratto di lavoro una delle prestazioni sia elemento costitutivo del contratto.

145. Ma in realtà questa forma che si separa dal sinallagma è possibile solo per la prestazione di mercede ¹⁾. Nel sistema del nostro diritto privato il contratto di lavoro presuppone sempre e in modo fondamentale che la prestazione di lavoro sia contenuta in un'obbligazione. Il contratto di lavoro deve sempre creare l'obbligazione di fare.

Già questo si rileva della stessa definizione di cui all'art. 1570, dal quale risulta che col contratto di lavoro « una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede ». Non si accenna qui che all'obbligazione di fare; e l'indice è tanto più sintomatico, in quanto l'articolo precedente fa menzione molto esplicitamente della sinallagmaticità per la locazione di cose («una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle »). E gli art. 1627 e 1628 alludono a una « obbligazione dell'opera propria », per la locazione di lavoro subordinato. Intendiamoci: da un punto di vista esclusivamente teoretico vi è scambio, cioè onerosità, anche se manca l'obbligazione di fare, e niente impedirebbe che si abbia ad avere del « contratto di lavoro » un concetto così ampio da estenderlo anche a questa ipotesi, facendone un contratto puramente e semplicemente a titolo oneroso, comunque questa onerosità si espliciti.

Ma l'esame del nostro sistema legislativo, per quanto scarsi gli indizi, ci dà l'impressione che l'esservi o no l'obbligazione di fare costituisca una differenza di capitale importanza, e che se manca si abbia un tipo affine, ma non il tipo « contratto di lavoro » quale lo si concepisce nella pratica. Eliminate l'obbligo di eseguire il lavoro, fateene solo un diritto, per il lavoratore, e non riusciremo più a intendere la struttura economica e giuridica che il contratto di lavoro fa secondo l'apprezzamento più comune.

E non si opponga che par strano che si debba impennare il tipo contrattuale proprio su un elemento così infido come è « l'obbligo di fare »: proprio sul « fare » che è eminentemente incoercibile, e ce lo insegna la vecchia paromia « *nemo potest cogi ad factum* ». In realtà questo è vero quanto alla coazione in sede esecutiva dal punto di vista di un'esecuzione che possa ottenere precisamente l'attività di lavoro mancato; ma non toglie che la coercibilità sussista, e ispiri la disciplina giuridica del rapporto.

¹⁾ Cfr. pure THIÉRY, *Caractères généraux de la réglementation jurisprudentielle du contr. de travail*, ecc., cit.: che nella concezione economica del contratto di lavoro si trovi sempre l'obbligo del lavoro e quella della mercede non significa già che giuridicamente sia sempre necessaria un'obbligazione di pagar la mercede.

Con ciò ci collochiamo in una posizione intermedia tra le opinioni estreme: quella (che è l'opinione di gran lunga preferita)¹⁾ di chi insiste sulla necessaria sinallagmaticità del contratto di lavoro: così ad es. l'Abello²⁾, che, però, si riferisce alla locazione di opere, non al tipo generale « contratto di lavoro »: però anche per noi, come dimostreremo, il contratto di lavoro non sconfina dal generalissimo tipo « locazione ». L'altra opinione è quella che dà la massima estensione possibile al contratto di lavoro, accontentandosi di vedervi una relazione di onerosità tra le due prestazioni³⁾.

146. Con ciò è intanto da escludere che la prestazione di lavoro possa essere in condizione: « mi obbligo a darti 100 se farai... ». Qui certo vi è onerosità; su questo punto si deve respingere una vecchia dottrina contraria ispirata alla limitazione dell'onerosità alla bilateralità o sinallagmaticità: del resto secondo lo Hoeniger⁴⁾ anche in qual caso vi sarebbe sinallagmaticità, e se fosse vero a maggior ragione quel caso rientrerebbe nel contratto di lavoro. Ma è un'opinione insostenibile. All'Hoeniger premeva di giustificare l'onerosità di quel rapporto; ma questo si può dimostrare benissimo col rapporto di equivalenza costretto giuridicamente in questa subordinazione puramente condizionale. Invece la bilateralità manca; non è vero che l'un contraente (chi promette di dare) si obblighi, e l'altro si obblighi a fare colla condizione « *si volam* » (una specie di negozio sinallagmatico claudicante). Ma lo Oertmann⁵⁾ ha potuto facilmente obiettare che la condizione « *si volam* » ha un valore per lo meno assai dubbio. E io dico di più: certamente toglie ogni efficacia vincolativa all'obbligazione (art. 1162), a cui è sottratta persino la fase prima, pendente condizione, di aspettativa giuridicamente tutelata. Cosicché, come osserva bene l'Oertmann, tutto si riduce alla prestazione puramente volontaria, che non può essere preceduta da nessuna forma, anche attenuata di coazione. Questa è la negazione dell'obbligazione.

In quel caso dunque vi è onerosità, e le fonti del diritto romano vi accennano, almeno coll'escludere che vi sia donazione⁶⁾. La con-

¹⁾ Così il BAUDRY-LACANTINIERE, *Del contratto di locazione* (trad. it.), II, n. 1651, che si limita a dire: « La locazione di servizi è un contratto sinallagmatico. D'altra parte la locazione di servizi è un contratto a titolo oneroso ». Anche il LOTMAR è di questo avviso: cfr. app., p. 396, nota 2.

²⁾ *Della locazione*, II, p. 152. L'ABELLO, con evidente allitterazione, scrive che la sinallagmaticità è necessaria per le due prestazioni, o meglio pei due rapporti obbligatori.

³⁾ Così, ad es., ENDEMANN, *Einführung*, I, p. 777.

⁴⁾ *Gemischte Verträge*, p. 197 sg.

⁵⁾ Op. cit., p. 22.

⁶⁾ Fr. 19, § 1, XXXIX, 5: « *Labeo scribit extra causam donationum esse talium*

dizione crea una subordinazione, e subordinazione è nesso, legame tra le due prestazioni: per la mutua dipendenza che intercede tra due prestazioni, ognuna delle quali è fatta o promessa solo in considerazione del vantaggio che può dar l'altra, è più che sufficiente la condizione. Anzi, se qui da un lato manca la possibilità di costringere all'attuazione di quella prestazione che è qui in condizione e che è quindi rimessa alla volontà, al beneplacito del contraente cui spetta, d'altro lato questa lacuna, molto sensibile, è almeno in parte colmata con un legame di subordinazione esternamente più percettibile. Infatti questo legame di subordinazione, che qui è addirittura espresso, nel contratto sinallagmatico non si può che indurre dall'intenzione teleologica dei contraenti ed è avvalorata da disposizioni legislative quali la risoluzione per inadempita controprestazione (art. 1165) ¹). Colla condizione vi è dunque un evidente, plastico nesso causale tra le due prestazioni: ciò che si fa *condicionis implendae causa* non è affatto una prestazione isolata, autonoma; se nonostante la mercede promessa non è pagata, nessun dubbio che chi ha adempiuto la prestazione di fare avrà diritto o di esigere il compenso; o, quando trattandosi di un'attività di lavoro sia possibile, di ripetere ciò che ha dato in virtù del suo lavoro.

Tutto ciò costituisce un'ottima rete di sicurezza per la « connessione » di due prestazioni, in quanto queste prestazioni siano equivalenti. È insomma tanto che basta per la onerosità. Ma per il « contratto di lavoro », ripeto, non basta. E ad ogni modo non già per una impossibilità teorica: torno a dire che qui siamo di fronte a una classificazione che quanto al « contratto di lavoro » non è fatta esplicitamente nella legge, ed è dovuta all'interprete. Ma del contratto di lavoro in tanto qui ci occupiamo in quanto è una sottospecie della locazione; e per la locazione di lavoro abbiám visto che la legge è abbastanza chiara in proposito. Noi ci preoccupiamo solo del contratto in virtù del quale chi ha bisogno del lavoro altrui lo può esigere, può pretendere che sia prestato. I contratti pei quali il lavoro è un fatto volontario, non coercibile e solo in condizione, esorbitano dal campo delle nostre indagini ²).

147. Si suole asserire, tuttavia, che l'obbligazione della mercede è condizionale; non ho bisogno di ricordare come questo si è ripetuto

officiorum mercedes, ut puta: si tibi adfuero, si satis pro te dederò, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris ».

¹) Cfr. su ciò le mie *Istituzioni di dir. civ.*, p. 356 seg.

²) Il LOTMAR è molto succinto su questo argomento. Esso insegna che il contratto di lavoro è bilaterale (*Arbeitsvertrag*, I, p. 34) « poichè esso è pattuizione di due prestazioni contrapposte ». Esso invoca la eminente importanza economico-giuridica dal fatto che la promessa di lavoro e di mercede siano avvinti sinallagmaticamente. Cfr. ancora appresso, p. 403.

a proposito di un vessato argomento che richiamerà altrove la nostra attenzione: se le mercedi future siano pignorabili. Una forte corrente (rappresentata dalle supreme Corti di Torino e di Napoli) sostiene l'impignorabilità, appunto perchè si tratta di crediti incerti e futuri.

La conclusione, ciò posto, parrebbe esserè che se la mercede è vincolata al lavoro della subordinazione condizionale, il lavoro è in condizione. E naturalmente non occorre spendere molte parole per chiarire che ciò non è punto vero: in condizione è l'effettiva attuazione del lavoro non perchè possa liberamente essere non attuata, ma anzitutto perchè il rapporto può essere facilmente risolto in qualunque momento (se vi è stabilità o determinazione di tempo la cosa è meno facile: ed è qui che si appuntano le sentenze, che in tal caso vorrebbero ammettere la pignorabilità della mercede). Ora se la risoluzione del rapporto può essere rimessa alla volontà delle parti, e perciò anche del debitore del lavoratore (salvo le modalità prescritte all'uopo), ciò è come dire in sostanza che l'attuazione effettiva, o la continuità di attuazione del lavoro è rimessa alla volontà del lavoratore. Ma ciò non toglie che finchè contratto esiste esista l'obbligo del lavoro: occorre proprio risolvere quello per togliere di mezzo questo; ciò è una riprova di quanto abbiamo asserito. E poi: anche perdurando l'obbligazione del lavoro non è certo se la prestazione sarà attuata: ci possono essere ragioni che potranno determinare un ritardo, una sospensione. Ora la prestazione della mercede è la retribuzione del lavoro; ed essendo, nell'apprezzamento soggettivo che ne fa il contraente cui il lavoro è dovuto, proporzionata al lavoro, è naturale che di regola sia dovuta solo a lavoro compiuto; è perciò un credito che « non diventa certo nè azionabile nè giudiziale se non quando il lavoro si è effettivamente prestato » ¹).

148. Tutto ciò quanto alla prestazione di lavoro. Per ciò che concerne la prestazione della mercede gli indici legislativi già ormai noti non impongono la tutela con sottoposizione ad obbligazione. Io credo che nulla osti a una estensione del « contratto di lavoro » a casi in cui la mercede non è in obbligazione, pur essendo elemento essenziale della complessa situazione contrattuale. Il concetto di scambio e di onerosità vi è, ed è tanto più assicurato nei casi in cui la prestazione della mercede sia elemento costitutivo del contratto: casi poco frequenti, ma che pur si presentano. Di avviso non conforme è il Lotmar, che rimane fedele all'esigenza della bilateralità, e che respinge una maggiore estensione, « che non corrisponde nè alla concezione comune, nè a un'esigenza scientifica » ²). Troppo poco, mi pare, per giustificare l'esclusione dal campo del nostro contratto stipulazioni che salvaguardano

¹) Cass. Napoli, 13 dic. 1910, *Foro it.*, 1911, I, 90.

²) Op. e l. cit.

l'onerosità di lavoro e mercede, e insieme provocano coattivamente quella spiegazione di energie umane che costituisce l'elemento tipico (assieme all'onerosità) del nostro contratto. Infatti il lavoro è l'elemento che imprime al tipo di contratto la sua particolar fisionomia; la mercede non ne è che il compenso, il prezzo, benchè indispensabile per dare, coll'onerosità, l'impronta speciale qui presupposta pel contratto di lavoro. Perciò si può anche ammettere che la mercede non presupponga una apposita obbligazione, e, con essere elemento costitutivo, scompaia per così dire dal quadro dell'ulteriore situazione contrattuale.

Se un'obbligazione non è necessaria, data la necessità di un nesso che avvince la mercede al lavoro in relazione di subordinazione, non rimane se non la mercede in condizione, e la mercede come elemento costitutivo. Teoricamente il nesso condizionale sarebbe per sè sufficiente per il rapporto di onerosità; perchè se (come già sopra abbiamo accennato) da un lato vi è una maggior tenuità nel nesso collegatore tra le due prestazioni data da ciò che rispetto a una di esse (cioè a quella che è in condizione) manca la possibilità della coazione, tuttavia questa lacuna è ampiamente compensata da ciò che la condizione subordina addirittura la esistenza del diritto a una delle prestazioni (quella che è in obbligazione) all'attuazione dell'altra; mentre col sinallagma (la bilateralità) le due obbligazioni coesistono, ed esso fa sì che non adempita l'una delle prestazioni, dovuta, l'altra, anch'essa dovuta, può essere rifiutata, e ciò può condurre alla risoluzione del contratto, cioè alla cessazione di tutte e due le obbligazioni ¹⁾.

Questo teoricamente. Praticamente perchè la mercede sia in condizione occorre che il lavoratore si assuma di compiere un dato lavoro a condizione che l'altra parte paghi la mercede. Ora, non è concepibile questa condizione se non come condizione sospensiva; e siccome l'attività del lavoratore non si può cancellare, una volta prestata, si dovrebbe ritenere che nel dubbio circa il verificarsi o no del pagamento della mercede il lavoratore se ne stia ad aspettare. Ciò è possibile, benchè praticamente non frequente. Vuol dire però che la mercede non è pagata *postnumerando*, ciò che, del resto, se è il caso più normale, non è niente affatto un'esigenza tipica del contratto di lavoro. Pel quale basta che sia rispettata l'onerosità e che il lavoro sia in obbligazione, e per tutto ciò è indifferente quale delle due prestazioni preceda. Un'ipotesi di questo genere, come si capisce, presupporrebbe un grado notevole di diffidenza nella solvibilità del creditore del lavoro. Del resto in pratica il medesimo scopo può essere

¹⁾ OERTMANN, op. cit., p. 17.

raggiunto col semplice patto di prenumerazione della mercede, che tollera l'obbligo della mercede, e dà il mezzo al lavoratore di esercitare la coazione verso la persona a cui ha promesso di dar l'opera propria, e di chiedere eventualmente la rifusione dei danni: conseguenze tutte che colla mercede in condizione sarebbero eliminate. Appunto perciò, questa via è certo preferibile e preferita in pratica per certe prestazioni di lavoro (teatrale, ad es.). Per cui, insomma, l'ipotesi di mercede in condizione e non in obbligazione, non è che un'ipotesi meramente teoretica.

Non così invece quanto alla mercede come elemento costitutivo del contratto di lavoro.

149. Un caso in cui ci si offre la mercede come elemento costitutivo del contratto, non già in obbligazione, è quello della proposta al pubblico, e più precisamente di stipulazione di un contratto mediante automatico. Naturalmente ce ne occupiamo in quanto l'automatico dà diritto a una determinata successiva attività umana; ciò che accade per gli automatici posti all'ingresso dei teatri, delle stazioni ferroviarie, ecc.; chi approfitta di questo automatico ricava un biglietto che gli dà diritto a una determinata prestazione di lavoro. Escludiamo dunque tutti gli altri casi di automatici che offrono solo la stipulazione di una compra-vendita o di una locazione di cose (locazione di cose vi sarebbe nel caso di pese automatiche o fotografie-automatiche, ecc.), in cui c'è un lavoro, ma della materia bruta, sia pure predisposta dall'uomo.

Per intendere come il dubbio possa nascere bisogna anzitutto vedere come si formi in questi casi il contratto. Opinione comune è che il proprietario dell'automatico coll'esporsi in pubblico faccia una vera *offerta di contratto*¹⁾. Veramente è parso ad alcuno che offerta non vi fosse; e ciò per il principio per cui le offerte al pubblico non si ritengono una vera offerta, ma solo un eccitamento a proporre una offerta di contratto. Ma il Biermann ha rilevato che quella massima, vera sostanzialmente, non lo è però incondizionatamente; non lo è cioè in alcuni casi in cui non si saprebbe come spiegare l'esistenza di un contratto, se non ricorrendo al concetto di offerta vera e propria, non di eccitamento a un'offerta. Nel caso nostro, pensa il Biermann, è certo che vi ha un contratto: ora, se l'atto del gettare una moneta nell'automatico non fosse che un'offerta di contratto, dove se

¹⁾ Cfr. ANWERS, *Der Rechtsschutz der automatischen Wage nach gemeinen Recht*, 1891, pag. 8; BIERMANN, ne' *Jhering's Jahrbücher*, XXVII, p. 293; e dei nostri SCIALOJA (A.), *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico* (Città di Castello, 1902); CICU, *L'offerta al pubblico* (Sassari, 1903), II, p. 92; TOESCA DI CASTELLAZZO, *L'offerta al pubblico* (Torino, 1903), pag. 111 seg. Contro cfr. BOLAFFIO, in *Temi veneta*, 1901, p. 715.

ne andrebbe l'accettazione? Come si concepirebbe allora la stipulazione del contratto?

La ragione sulla quale il Biermann fonda la sua costruzione non è tale da soddisfare chi si appresti all'esame. La tesi contrattuale è dal Biermann accettata, non perchè suggerita e suggellata dalla logica giuridica (egli sostiene anzi il contrario), ma soltanto perchè è l'unica possibile; diversamente non si saprebbe spiegare la tutela dell'automatico ¹⁾.

Per quanto incompleta la dimostrazione fondata sulla impossibilità di qualunque altra tesi che non sia quella del contratto, è però vera. Pollicitazione o creazione unilaterale di un vincolo obbligatorio non certo. Poichè qui l'obbligazione sarebbe la futura prestazione di lavoro, per cui si anticipa la mercede. Dunque si avrebbe la creazione di un'obbligazione a carico di una persona diversa da quella che tale obbligo creerebbe per virtù propria: fenomeno così assurdo che fa pensare subito all'argomento che ora ci occupa, alla necessità di giustificare comunque l'applicazione della costruzione contrattuale.

Certo è questo un caso in cui la vecchia teoria della offerta di contratto solo a persona certa (quale era sostenuta dal Savigny ³⁾ e dal Ihering ²⁾) deve trovarsi a disagio. Poichè, se proprio la offerta a persona indeterminata non fosse possibile, non saprei come si potrebbe giustificare la tutela degli automatici nel caso nostro. L'impressione che ognuno ha è che chi, avendo deposta la moneta, è in possesso del biglietto o scontrino che l'automatico gli somministra, ha il diritto acquisito alla prestazione di lavoro segnata nel biglietto per parte di chi espone l'automatico e offre il biglietto; è nella evidente medesima condizione giuridica di chi abbia comprato il biglietto negli uffici della società o del privato espositore degli automatici, e si disponga poscia a godersi l'attività di lavoro che il biglietto mette a sua disposizione. È assurdo dunque il concepire nella deposizione della moneta con immediato ritiro del biglietto dall'automatico una offerta di contratto, cui si aggiunga poi l'accettazione coll'inizio dell'esecuzione per parte dell'altro contraente. In tal caso il diritto al lavoro nascerebbe solo col suo inizio; e ciò ripugna al senso giuridico: finchè l'automatico ha biglietti esiste anche l'obbligo nell'esponente di assoggettarsi alla prestazione di lavoro quante volte gli vengano presentati dei biglietti.

Il rifiutare, come sino a poco tempo fa alcuni si ostinavano a fare, la teoria della offerta di contratto a persona indeterminata equivale, dunque, a lasciar senza tutela giuridica l'automatico. È possibile che

¹⁾ Cfr. anche SOHM, *Zeitschrift für d. Handelsrecht*, XVII, p. 52 e seg., 63 e seg.

²⁾ *Obl.*, II, 88.

³⁾ Ne' suoi *Jahrbücher*, IV, pag. 93; VII, pag. 379.

questa forma modernissima, che il senso giuridico ci suggerisce essere fonte autorevolissima di rapporti obbligatori (cosicchè se, ad esempio, negli automatici in cui la controprestazione è immediata — compravendita — l'automatico, dopo deposta la moneta, non funziona, l'espositore è responsabile per l'inadempimento ad un'obbligazione), che questa forma destinata a un ulteriore notevolissimo svolgimento abbia ad essere considerata dall'ordine giuridico presente quasi come una meteora piombata inaspettatamente in mezzo a un sistema legislativo cui non si adatta e da cui non può essere riconosciuta? È vera però un'altra cosa che il Biermann ha disconosciuto: e cioè la teoria dell'offerta a persona indeterminata è perfettamente consona colla logica giuridica, e per di più, come più avanti vedremo, e come è ormai pacificamente riconosciuto, è per nulla in urto col sistema legislativo italiano.

150. Concludiamo adunque col ritenere, che il proprietario dell'automatico fa — entro i limiti che noi abbiamo visto — un'offerta di contratto col semplice esporre in pubblico l'automatico. In ciò vi ha una dichiarazione di volontà indirizzata a chi vorrà deporre una moneta che rappresenta la mercede anticipata del servizio cui il terzo aspira. E, come ogni offerta di contratto, nel nostro sistema legislativo è perfettamente revocabile. L'accettazione si compie col deporre la moneta nell'automatico. Dimodochè, una volta ciò fatto, il vincolo contrattuale è irrevocabile; il proprietario può rimuovere l'automatico sottraendolo al pubblico quando vuole, salvo adempiere alle prestazioni corrispondenti ai biglietti ritirati validamente da coloro che prima d'allora abbiano contratto con lui a mezzo dell'automatico; ma non sarà tenuto a nessun risarcimento di danni verso quelli che si limitassero a provare la propria intenzione di giovarsene.

Ecco dunque un caso in cui dalla stipulazione del contratto nasce bensì l'obbligazione di adempiere una prestazione di lavoro, ma non l'obbligo di pagare una mercede. È proprio la situazione inversa a quella che verificheremo per la mediazione, in cui invece manca, a mio avviso, l'obbligazione di fare. E si noti: in ambo i casi l'anomalia, se di anomalia si può parlare, è rivolta appunto a favorire chi attua la prestazione di lavoro. Infatti il mediatore non è obbligato al lavoro, per conseguenza del forte rischio che grava su di lui; chi espone l'automatico, facendo con ciò una proposta di contratto che sarà imprigionata e resa vincolativa da un ignoto, che quindi non può dar garanzie circa il pagamento della mercede, subordina la stipulazione del contratto al pagamento anticipato di questa mercede.

Ora, quello che è nel contratto di lavoro obbligo di pagare la mercede a prestazione di lavoro avvenuta, qui diventa un elemento costitutivo del contratto, la forma espressiva dell'accettazione della proposta insita nell'esibizione dell'automatico. Il contratto *re perficitur*.

Due anomalie, adunque. Il pagamento della mercede anticipato, anzitutto. Ma questa non è anomalia che colpisca la sostanza strutturale del contratto di lavoro, così come la locazione di cose non cessa di essere locazione pel fatto che la pigione si paga prenumerando, e non postnumerando. In secondo luogo vi è il pagamento di una mercede, ma, a rincalzo di cautela, oltre ad essere anticipato è elemento costitutivo del contratto, non un suo effetto in forma di obbligazione. Ora, anche questa non è una anomalia che ci obblighi ad abbandonare il tipo del contratto di lavoro ¹⁾.

Il perchè risulta chiaramente dal raffronto col caso della mediazione. Nel contratto di lavoro, considerato da un punto di vista economico, abbiamo lo scambio di lavoro contro mercede; il contratto di lavoro da un punto di vista giuridico, non è che quella rete di sicurezza che circonda lo scambio economico di lavoro e mercede, assicurandolo, garantendolo alle parti che hanno stipulato il baratto. Ora, nella mediazione questa sicurezza manca, mancando la possibilità di coazione sul mediatore; non abbiamo dunque un tipico contratto di lavoro, pur essendoci economicamente la possibilità (puramente) di uno scambio di lavoro contro mercede. Invece questa sicurezza, questa garanzia la dà la contrattazione per automatico; anzi vi è a segno da fare anticipare e rientrare uno degli effetti da garantire (il pagamento della mercede) tra gli elementi costitutivi del contratto: ciò che è la massima delle garanzie possibili. Dunque se vi è scambio di lavoro contro mercede giuridicamente garantito, abbiamo contratto di lavoro.

§ 5. — *Casi in cui manca l'obbligo della prestazione di lavoro.*
In ispecie il contratto di mediazione.

SOMMARIO. — 151. Ancora sulla necessità dell'obbligo alla prestazione di lavoro. — 152. Contratti con proposta al pubblico in cui il lavoro è in condizione. — 153. Altro caso in cui chi riceve il lavoro si rimette, non esige il lavoro. — 153 bis. Il contratto estimatorio. L'appalto di riscossione dei dazi. — 154. Se nel contratto di mediazione l'attività del mediatore sia in condizione o in obbligazione. — 155. Opinione del Bolaffio. — 156. Si dimostra che la prestazione di lavoro è in condizione. — 157. Conclusione.

151. Già abbiám visto che al contratto di lavoro è indispensabile solo l'obbligo di prestare una determinata attività di lavoro ²⁾. Certo,

¹⁾ Non è necessario, col LOTMAR, cit., I, p. 120, conciliare questi casi colla sinallagmaticità, sostenendo che in questi casi la promessa di mercede, come elemento del contratto, si debba presupporre esistente, ma anche riassorbita nella attuazione della promessa: cioè il pagamento anticipato ha implicito il proprio logico *prius*, la promessa. Questo non è nè più nè meno di una sottigliezza, assolutamente inutile quanto al risultato: in realtà la promesss manca, e, ripeto, il pagamento della mercede è elemento costitutivo.

²⁾ Quando a p. 311-312 abbiamo fatto della volontarietà, e non coercibilità

anche se quest'obbligazione manca uno scambio di mercede contro lavoro qui vi ha; ma non è detto che sempre a questo scambio corrisponda l'esatta figura giuridica del contratto di lavoro. Anche economicamente quello scambio si dà in condizioni differenti, a seconda delle circostanze che l'accompagnano: nessuna meraviglia perciò che nel diritto vi sia pure una certa sensibilità nella differenziazione del mezzo giuridico di tutela. Che il lavoratore sia costretto al lavoro o questo sia spontaneo, infatti, genera una differenza così radicale di situazione, si determina, o meglio è determinato da una distinzione così spiccata di scopi, che si capisce benissimo la necessità di una distinzione. Del resto vedremo quanto sensibili l'economia e il diritto si manifestino, anche nei limiti del contratto di lavoro, nel differenziare tra il lavoro subordinato o quello autonomo. Da ciò ad estendere ed approfondire ancor più il solco tra il lavoro non coercibile o affatto spontaneo, e quello che si può esigere, e che quindi non è affatto spontaneo (sia subordinato o autonomo) il passo è breve.

Non basta quindi dire come qui vi sia al più un caso in cui la proposta e l'accettazione — onde consta la stipulazione di ogni contratto — cadono in momenti diversi, ognuno dando luogo a una delle due prestazioni, che, nella configurazione normale del rapporto che stiamo studiando, sono una conseguenza del contratto, e cioè dell'unione di proposta e accettazione. Ma ognuno di quei due momenti produce una delle due prestazioni con diverso grado di intensità ed energia; tra la proposta e l'attività di lavoro infatti che si voglia ritenere incorporata in quella, cioè anteriore alla stipulazione del contratto, non esiste il vincolo giuridico che v'ha tra l'accettazione e il pagamento della mercede che sia posteriore al contratto, e cioè contenuta in un'obbligazione. E questo è tutto, per la tipica configurazione giuridica del contratto di lavoro: così come non mi sentirei di chiamare « locazione » un contratto che si limitasse a creare l'obbligo di pagare la pigione o il fitto per l'uso di una cosa già attuato interamente prima della stipulazione del contratto. La tecnica giuridica ha le sue esigenze (e i profani troppo spesso se ne meravigliano), esigenze che vanno rispettate.

Tutto ciò non toglie, naturalmente, che alcune regole del contratto di lavoro, compatibili cogli elementi comuni e non in contraddizione colla struttura generale del contratto, possano applicarsi anche a questo tipo autonomo di contratto di cui qui ci siamo occupati, e cioè a quello in cui vi è scambio di lavoro contro mercede, senza

della prestazione di lavoro un presupposto del contratto di lavoro alludevamo alla assunzione volontaria di un obbligo di lavoro e di pagamento della mercede, cioè alla contrattualità del rapporto. Qui l'argomento è molto diverso.

che per altro la prestazione di lavoro sia coercibile, cioè contenuta in un'obbligazione risultante dal contratto.

Volendo riassumere le varie forme che questo tipo di contratto può assumere, possiamo rilevare come la prestazione di lavoro non obbligatoria possa essere a) anteriore alla stipulazione del contratto; b) contemporanea ad essa, quando sia elemento costitutivo nella formazione del contratto; c) posteriore ad essa, quando sia in condizione puramente. Di quest'ultima ipotesi già s'è visto sopra (n. 146): studieremo poi qualcuno tra i casi più contestati in proposito, che da taluni si assegnano senz'altro al contratto di lavoro. La prima ipotesi qui non ci interessa: si veggia quanto incidentalmente fu già accennato sopra¹⁾.

152. Vi è qualche caso di proposta di contratto a persona indeterminata in cui si attua la situazione opposta a quella che esaminammo già sopra, a proposito della contrattazione a mezzo di automatico, avvicinandoci alla mediazione, ma pur differendone grandemente. È il caso del preconio a premio ecc. Qui si offre una data somma di denaro a chi avrà compiuto una data prestazione, in cui per lo più prevale la *faciendi necessitas*: ricercare un dato oggetto smarrito, trovare la soluzione di una partita a scacchi, scrivere un trattato scientifico o una opera letteraria, fare una statua, arrivare primo in una corsa podistica, raggiungere la maggiore altezza in aereo e via dicendo.

In tutti questi casi abbiamo un'attività di lavoro anteriore alla perfezione del contratto, ma simultanea alla sua formazione. La stipulazione definitiva del contratto avrebbe allora per oggetto solo il pagamento della mercede, e — talora, ma non sempre — la corrispettiva consegna del risultato di lavoro per parte della persona scelta.

Come, dunque, nell'automatico è la prestazione della mercede che è eretta a elemento costitutivo del contratto, così qui la stessa cosa avviene per la prestazione di lavoro. Non vi è un'obbligazione di fare, conseguente alla stipulazione del contratto, così come non vi è nella mediazione; nell'uno e nell'altro caso l'attività di lavoro è rimessa puramente alla volontà spontanea della persona. Ma nel caso del preconio, in cui vi è effettivamente scambio di lavoro contro mercede, l'uno dei contraenti, per meglio assicurarsi la prestazione di lavoro (o la miglior prestazione di lavoro), fa della prestazione richiesta di lavoro il modo di accettazione del contratto, dal quale non sgorgerà che l'obbligo di pagar la retribuzione o il premio promesso.

Come si vede qui vi è scambio di lavoro e mercede, garantito dal contratto, come nel caso precedente: tanto che basta perchè si abbia a ritenere che il contratto sia a titolo oneroso²⁾, postoclè i due oneri

¹⁾ Cfr. sopra, n. 95, 118, 119 sg.

²⁾ OERTMANN, op. cit., p. 19. La questione non ha un'importanza meramente

sono equivalenti. Ma, a differenza del caso precedente, mancando l'obbligo di attuare una prestazione di lavoro, manca quello che è, a mio avviso, un elemento imprescindibile, perchè tipico, del « contratto di lavoro », in quel senso stretto e tecnico in cui noi lo intendiamo. Si può ammettere, come già abbiám visto, che il pagamento della mercede, che non è l'elemento caratteristico di questo tipo di contratto, sia assorbito nella formazione stessa del contratto, senza che il tipo contrattuale sostanzialmente ne scapiti; non già però per la prestazione di lavoro. Un contratto che presuppone già adempiuta la prestazione di lavoro nel momento in cui si forma, non è più un contratto che si propone di assicurare un'attività di lavoro, ma bensì il pagamento della mercede a chi abbia compiuto un dato lavoro; il che è cosa diversa.

153. Venendo ora ai casi in cui la prestazione di lavoro è posteriore alla stipulazione del contratto, ma l'obbligazione di fare manca, e manca perciò il contratto di lavoro, troviamo anzitutto quello in cui una persona, che di un prodotto abbia bisogno, non ne dà l'incarico esplicitamente all'industriale, o all'artigiano, ma lo lasci pienamente libero di tentare o no l'elaborazione, salvo poi, se il prodotto è fatto, vedere se sarà il caso di acquistarla dal produttore. Sono casi in cui, come osserva il Carnelutti, il lavoro è rischioso, incertissimo l'esito di esso, e perciò il probabile acquirente non si sente di vincolare senz'altro il produttore, indirizzando il suo lavoro alla utilità del committente. L'industriale o l'artigiano lavorerà per conto suo se crederà di tentare il rischio di un prodotto che non potrà smaltire. Altra applicazione frequente è quella dell'editore di musica che impegna un musicista a dargli quello che scriverà.

Qui evidentemente manca l'obbligazione di fare un lavoro su cui sia impressa la destinazione altrui. L'artefice produce per conto suo, per poi vendere ⁴⁾. Perciò si può escludere subito che vi sia locazione d'opera: infatti, ripeto, manca l'obbligo di compiere un determinato lavoro a profitto primario di un altro; manca la *faciendi necessitas* che caratterizza il nostro contratto. Invece l'editore si è limitato a garantirsi preventivamente quanto il musicista scriverà, se vorrà scrivere: il creditore non *esige*, ma *si rimette*. E questa è appunto la caratteristica della vendita di cosa futura. Vedremo infatti che nella vendita di cosa futura le parti si rimettono all'opera della natura, capricciosa e soprattutto non pieghevole, non coercibile. Così è qui: nessuna coerci-

teoretica; se vi è onerosità saranno applicabili analogicamente taluni principi che disciplinano i contratti a titolo oneroso. Diversamente si sarebbe parecchio imbarazzati nel determinare le regole che debbono governare questo rapporto.

⁴⁾ CARNELUTTI, in *Rivista di dir. comm.*, 1913, I, p. 367.

zione, neppure quella indiretta, non esclusa dal tanto abusato « *nemo potest cogi ad factum* », può esercitarsi sul musicista.

Ecco le ragioni per cui in quest'ultimo caso io ammetto, come già il compianto N. Coviello ¹⁾, che vi sia vendita di cosa futura, non locazione d'opera. Faccio però le mie riserve sul momento del trasferimento della proprietà del prodotto fabbricato con materiali dell'artefice; il Carnelutti, se non erro, ritiene che se vi fosse contratto di lavoro la proprietà della *species nova* (è solo allora che il lavoro prevale) sarà acquistata dal committente a titolo originario subito col formarsi della specie nuova; mentre se è un artefice che lavora per conto proprio e poi vende la proprietà è acquistata dall'artefice, e poi trasferita all'acquirente ²⁾. Ora, io non credo che se vi è contratto di lavoro vi sia acquisto immediatamente colla formazione della nuova specie: il prodotto non entra nel patrimonio del committente se non coll'accettazione (*ad probatio*).

153 bis. Un altro caso in cui la prestazione di lavoro è successiva alla stipulazione del contratto, ma non è obbligatoria, è quello che riguarda il debitore nel contratto estimatorio, che presuppongo contenga anche la promessa di una mercede. Infatti chi promette di restituire o la cosa, o il suo valore in una somma determinata se la vende, non si assume affatto di venderla: l'attività della vendita qui è solo in condizione. Non vi è dunque contratto di lavoro ³⁾.

E io non credo neppure, sempre per questa ragione, che sia locazione d'opera l'appalto dell'esazione del dazio consumo. Qui l'impressione che si ricava dalla lettura delle disposizioni del testo unico 7 maggio 1908, n. 248 concernenti questo argomento è che il concessionario di questo pubblico servizio dell'esazione non sia obbligato ad attuare questa esazione. E vero che a tutta prima ci imbattiamo nella riscossione dei dazi come obbietto della concessione: in quel testo unico si discorre reiteratamente dell'appalto di riscossione. Onde si è tratti ad avvicinare questa espressione alle altre comuni, che troviamo, ad es., nella legge sui lavori pubblici (appalto di costruzioni, di lavori pubblici), dove certamente l'obbietto è in obbligazione. Tanto più che in ambo i casi sembra militare la medesima ragione: l'interesse pubblico connesso all'attuazione dell'obbietto in ambo i casi

¹⁾ *Caso fortuito*, p. 256-257.

²⁾ Il CARNELUTTI fa di questo anzi l'elemento differenziale tra i due casi.

³⁾ Cfr. in questo senso N. COVIELLO, *Del contratto estimatorio* (Estr. dalla *Rivista ital. di sc. giurid.*, 1893), p. 47. L'attività del venditore è *in condicione non in obligatione* (cfr. HELLWIG, *Verträge auf Leistung an Dritte*, p. 617, nota 42). E si badi: questa è attività di lavoro, un fare, non un dare; poichè chi riceve la cosa non ne è proprietario, e deve procurarne la vendita. Siamo dunque in presenza di un caso che va ricostruito come la mediazione pura, vale a dire non è contratto di lavoro.

sembra renderne egualmente imprescindibile l'attuazione. E infatti nella giurisprudenza questo concetto è stato accolto: la Corte d'Appello di Roma ¹⁾ ha deciso che «...in virtù della concessione l'esattore ha obbligo esclusivo di dare esecuzione ai ruoli».

Ciò non ostante io propendo a credere, colla prevalente dottrina, che questo obbligo manchi. È molto sintomatico, anzi decisivo in proposito l'art. 51, il quale dichiara esplicitamente che l'esattore è obbligato al versamento delle rate del canone di appalto alle scadenze prescritte; il medesimo articolo prevede e disciplina la mora nell'adempimento solo di quest'obbligo. L'esazione non è dunque che il mezzo di attuazione di questa prestazione, un mezzo a disposizione dell'esattore, ma rispetto a cui il Comune fino a un certo punto si disinteressa: un obbligo non vi è, e si può idealmente concepire che l'esattore possa prescindere almeno in parte rinunciando a esigere il tributo in confronto a determinati contribuenti. L'obbligazione principale è dunque di pagare ratealmente una determinata somma di denaro. Si capisce del resto che al Comune non importi tanto l'esazione dei contributi, che non è scopo a sè, ma mezzo a fine, quanto la riscossione della somma: ciò a differenza dall'appalto di lavori pubblici ²⁾. Da ciò l'inutilità di un vero e proprio obbligo di esazione: questo è affare dell'esattore; egli ne ha la facoltà ³⁾; e si può esser sicuri che sotto la pressione delle scadenze del pagamento delle rate di canone

¹⁾ 11 gennaio 1910, *Riv. dir. pubbl.*, 1911, II, 49.

²⁾ Così S. ROMANO, in *Encicl. giurid.*, v.º *Esazione*; FORTI, in *Filangieri*, 1900; GIANNATTASIO, in *Rivista dir. pubbl.*, 1910, II, 470 sg.

³⁾ Perciò alcuni hanno raffigurato nell'appalto di esazione una cessazione di diritti (dei crediti del Comune verso i contribuenti). Così ad es. MORAGLIA, in *Rivista dir. pubbl.*, 1911, II, 56. — Ma la teoria forse più in voga è quella della locazione di cosa: dove pure vi ha solo una facoltà, non l'obbligo quanto all'utilizzazione della cosa. Così il SIMONCELLI ne tratta come se fosse già risolta *a priori* la questione nel senso che si tratti di *locatio rei*: *Locazione*, p. 307 seg.: il Comune concedente sarebbe locatore di una cosa incorporale; e cioè del diritto di esigere il dazio su determinati oggetti: in corrispettivo il conduttore pagherebbe un canone annuo. Ora, quantunque si dica essere questa giurisprudenza costante e inerrabile, noi dubitiamo assai della sua esattezza. L'« appalto », intanto, non indica mai una mera attività di godimento, un semplice *uti frui*, come appunto sarebbe quella del *conductor rei*. Inoltre è una caratteristica della locazione di cose il prevalente interesse del conduttore cui si dà a godere una cosa per la soddisfazione di un suo bisogno. Qui invece la cosa è diversa. È naturale e ragionevole, a tutta prima, che il Comune intenda far godere il dazio consumo a un terzo privato, che ne lo voglia partecipe, almeno? Il vero è che il Comune si rivolge al terzo, solo per giovargli dell'opera sua per la riscossione, e forma il contratto in modo che se ne avvantaggi la sollecitudine e la sicurezza della riscossione della somma necessaria al Comune per far fronte alle spese. È appunto la forma ultima assunta da questo contratto che non è ad ogni modo locazione di opera, questa forma così complessa ed evoluta che trasse in inganno già i pratici del secolo scorso, e, come abbiamo detto, anche taluni del giorno d'oggi.

si accingerà con ogni diligenza ad attuarla. Si presenta qui una figura che spesso ricorre nel diritto; e che ha qualche analogia con quella della garanzia, escludente l'obbligazione¹⁾. Anche qui, quando si intende premere su una persona perchè col suo contegno provochi o impedisca un dato evento, anzichè porre quel contegno in obbligazione, si può porre in obbligazione puramente il pagamento di una somma, o l'accollo di un altro onere qualsiasi pel caso in cui quell'evento, contrariamente alle aspettative, non si verifichi o si verifichi (anzichè verificarsi o non verificarsi): il mondo giuridico è ricco di esempi di questo fenomeno²⁾.

Del resto basti a tal proposito: ammesso che l'esattore è concessionario contrattualmente di una pubblica funzione, e che non vi è contratto di lavoro di diritto pubblico³⁾, non sta a me qui scendere in ulteriori dettagli.

154. E vengo ora al caso teoricamente più interessante: quello del contratto di mediazione. Prima di entrare nel dibattito debbo però fare una preliminare e importante osservazione. Quanto stiamo per dire si riferisce al tipo puro di mediazione, quale si deve attuare ogni qualvolta gli usi (art. 1 cod. comm., 1124, 1135 cod. civ.) non l'abbiano plasmato in pratica diversamente, cioè imponendo senz'altro al mediatore l'obbligo di fare. Che questo talora avvenga in pratica è certo: e in tal caso nessun dubbio che sussista un vero e proprio contratto di lavoro. Ma se ciò non è, o non risulta chiaramente, si deve applicare la figura della mediazione quale erompe attraverso gli articoli del codice. È a questa ipotesi che io mi limito; non senza avvertire

¹⁾ Cfr. le mie *Istituzioni di dir. civ.*, p. 344.

²⁾ Un caso analogo a quello dell'appalto di riscossione si può presentare sotto altra forma. Ad esempio: io affido a Tizio l'amministrazione e riscossione di fitti di una mia casa. Ma si pattuisce che egli mi consegni una somma fissa; il di più che egli per avventura colla sua oculata amministrazione possa percepire sia a suo vantaggio. Esposto così è evidente che si può avere un contratto di lavoro (benchè sia parso talora che vi sia locazione di cose: la somma che io percepisco sarebbe il fitto: a me pare assai più logica la precedente struttura), come anche può non esservi contratto di lavoro, se si intende che l'amministratore abbia inteso assumersi la garanzia di quella riscossione anzichè risponderne coi criteri normali dell'art. 1224. Nel dubbio però la regola da applicare è l'art. 1224, presupponente un'obbligazione di fare. Noto del resto che in questo caso mancano le ragioni pressanti che militano per la riscossione dei tributi.

³⁾ È per la locazione d'opera, quanto all'appalto di esattoria, il PRESUTTI in *La Legge*, 1912, II, 10 (*Estr.*, p. 10). Anzi per il chiaro scrittore si tratterrebbe « tipicamente » di una locazione d'opera, perchè il prodotto delle riscossioni non è dell'esattore. In realtà non credo che vi sia cessione di crediti, come ritiene il MORAGLIA: il credito tributario è sempre del Comune o dello Stato; si cede solo la facoltà di esigerlo. Così press'a poco anche il GIANNATTASIO, *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 468. Ma soprattutto il PRESUTTI ha completamente scavalcato il *punctum pruriens*: la mancanza di obbligazione a riscuotere.

che essa si attuerà specialmente in quei casi di mediazione civile che non sono per lo più disciplinati dagli usi ¹⁾.

È uno dei punti più oscuri, forse il più oscuro dell'istituto della « mediazione », quello se esso rientri nel tipo contrattuale « contratto di lavoro » ²⁾. Per lo più si ammette l'affermativa: siccome vi è una prestazione di lavoro contro una retribuzione ³⁾, la conclusione pare logica: salvo discutere di nuovo se sia locazione d'opera o di opere. Ma il dubbio esiste tuttavia, ed esso è anzi tale da rovesciare quella conclusione: se si ammette che, benchè sussista una prestazione di lavoro (quella necessaria per pervenire alla conclusione di un affare), pure non vi è l'obbligo di adempierla, ne deriva che la conclusione di un affare non sarebbe dunque *in obligatione*, ma *in condicione*; il mediatore agirebbe solo *condicionis implendae causa*. Mancherebbe il sinallagma « obbligo di fare contro obbligo di dare una mercede corrispettiva »; e cioè vi sarebbe solo l'obbligo di dare una mercede subordinato alla condizione se l'affare sarà conchiuso. Mancando l'obbligo di adempiere la prestazione di lavoro, mancherebbe, come sappiamo, un elemento tipico del contratto di lavoro. Naturalmente se il contratto di mediazione tutela la contrapposizione di due oneri equivalenti (lavoro contro mercede) vi sarebbe un contratto a titolo oneroso, ma non quel contratto a titolo oneroso che è il contratto di lavoro. Ad ogni modo è escluso (come si ritiene da chi concepisce l'onerosità solo col sussidio del sinallagma) che qui si abbia un contratto a titolo gratuito: magari una promessa di donazione remuneratoria condizionale.

La dottrina su questo punto è divisa; prevale però il concetto di un obbligo di agire nel mediatore. Io qui terrò conto solo di queste due opinioni estreme: l'ammissione o no di quest'obbligazione.

¹⁾ Non voglio dir con ciò che la possibilità della mediazione pura sia limitata al diritto civile; ma è forse più facile trovarla qui che nel campo commerciale. Per qualche relazione (fortuita, più che altro) ricorderò come il REULING, nei *Beiträge* di GRUCHOT, XL, p. 193 sg., opinò per la sinallagmaticità quanto alla mediazione commerciale, ma per la prestazione intromissoria in condizione quanto alla mediazione civile. Si capisce che suo principale argomento è che il cod. civ. ted. disciplina la mediazione tra la locazione d'opera e il preconio, il che è molto significante. Per la piena ammissione della mediazione civile non vi ha dubbio, come pure è indubbia la estensione ad essa della disciplina per la mediazione commerciale. Cass. Roma, 10 nov. 1913, *Foro ital.*, 1914, I, 3.

²⁾ Aggiungo ancora che qui mi limito alla figura tipica della mediazione, come tipo contrattuale autonomo. La figura del mediatore che non è se non rappresentante, o commissionario, o commesso o un semplice nuncio non ci interessa (BOLLAFFIO, *Comment.*, I, n. 180). Per questi casi non c'è dubbio che vi ha vero contratto di lavoro.

³⁾ E, si noti, la retribuzione è in funzione di equivalenza in rapporto alla prestazione di lavoro. Per la locazione d'opera ENDEMANN, in *Jahrbücher für Nationalök.*, 1896, p. 704; LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 283.

L'Oertmann ha proposto una teoria che non mi sembra destinata ad aver molta fortuna, benchè sia qualcosa di intermedio tra le due estreme: ma è uno dei casi in cui non si possono dare opinioni intermedie. Secondo l'Oertmann il mediatore avrebbe almeno obblighi contrattuali ipotetici: se assume o inizia l'attività egli, cioè, dovrà gerirla contrattualmente; per tal modo la sua attività assume il carattere di attività obbligatoria ¹⁾. Ma se non mi inganno questo è un gioco di parole: l'obbligatorietà esplica la sua funzione essenziale colla coazione del mediatore ad esercitare l'attività del o dei clienti: tolto questo non rimane in sostanza se non l'opinione della non obbligatorietà ²⁾.

In realtà il testo della nostra legge è per sè equivoco, e difficilmente vi si può vedere un chiaro appiglio per l'una piuttosto che per l'altra teoria. L'art. 32 stabilisce che « al mediatore non compete il diritto di mediazione se l'affare non è stato conchiuso » ³⁾. E questa massima, secondo il Carnelutti ⁴⁾, può benissimo applicarsi anche a quel tipo di contratto di lavoro (locazione d'opera), in cui il lavoro ricade tutto nella autonoma sfera del lavoratore, che lo dirige, e ne subisce i rischi: se manca il risultato promesso manca il diritto alla mercede, per quanto il debitore inadempiente abbia speso un'attività anche notevole. Ora: che il mediatore si assuma un rischio, un'alea, è verissimo; e che il rischio a carico del lavoratore sia implicito nella stessa struttura della locazione d'opera è altrettanto vero. In fondo quando l'art. 1635 asserisce che se l'*opus* perisce fortuitamente prima della consegna, la perdita è a carico del debitore, che quindi non percepisce mercede alcuna, non fa in fondo che confermare l'esistenza di questo rischio. Ma la questione è appunto nel vedere se il rischio cui allude l'art. 33 sia proprio compatibile colla struttura di un contratto di lavoro. È quanto ora vedremo.

Sulla base di questo articolo 32 era naturale che non potesse formarsi una dottrina saldamente costituita. Prevale, dicevo, il concetto

¹⁾ *Entgeltliche Geschäfte*, p. 20.

²⁾ Nello stesso modo l'attività del gestore di affari altrui è rimessa alla sua libera e spontanea iniziativa, pur essendo soggetta a obblighi, una volta che è assunta. Ciò può e deve ammettersi anche per il mediatore. Ma l'attività è sempre volontaria (art. 1140), non è *in obligatione*; questo per noi è il punto essenziale.

³⁾ Il cod. german., §§ 652, 655, usa una forma attiva: è promesso un compenso per la mediazione. Da questa formola, induce il LOTMAR, cit., che la prestazione sia in obbligazione; diversamente si sarebbe detto « per il caso di mediazione ». L'argomento mi sembra molto evanescente. E tale è anche quello dedotto dalla parola « *Vergütung* » (compenso), come per il contratto di lavoro: ricordo che scambio vi è anche nella mediazione, economicamente, e tanto basta perchè quell'identità verbale sia giustificata. E così che il mediatore attui una « prestazione » (§ 653) non implica necessariamente che lo faccia *solutione obligationis*.

⁴⁾ In *Rivista di dir. commerc.*, 1912, I, 1 sg.

che un sinallagma esiste. Già il Giorgi ¹⁾ si dichiarò favorevole a fare della mediazione un mandato, in ciò seguendo un'opinione già propugnata dal Troplong ²⁾. Il Vivante afferma che la mediazione si distingue notevolmente dalla *locatio operis*, ma ammette ad ogni modo che il mediatore « si obbliga » di adoperarsi perchè si riesca alla conclusione « dell'affare » ³⁾. Il Franchi ritiene il mediatore stretto da locazione d'opera con entrambe le parti ⁴⁾. Il Carnelutti pure conclude in questo senso ⁵⁾, riaffermando nell'art. 32 l'emanazione di un principio che, come abbiám visto, è tipico della locazione d'opera (contratto di lavoro autonomo) ⁶⁾.

155. E vi è finalmente il Bolaffio in quest'ordine di idee. Ho citato per ultimo l'eminente commercialista dell'ateneo bolognese, perchè mi pare che proprio il Bolaffio abbia gettata non poca luce in favore della tesi contraria. Il Bolaffio insegna dunque che « il contratto di mediazione è una *locatio conductio operis* per cui il mediatore promette alle parti che hanno distinti ed opposti interessi di impiegare il proprio lavoro allo scopo di metterle d'accordo per la conclusione di un contratto, verso compenso ordinariamente proporzionato all'entità dell'affare da corrispondersi ad affare concluso da ambo le parti » ⁷⁾. E questo concetto il Bolaffio ha riaffermato più volte.

Si noti: non vi è dubbio che il Bolaffio ha perfettamente inteso come la locazione d'opera presupponga l'obbligo del lavoro. Infatti osserva poi che «il mediatore promette alle parti ... di impiegare il proprio lavoro allo scopo di metterle d'accordo..... ». Tal quale come il Vivante. Ma recentemente il Bolaffio ⁸⁾ ha chiarito meglio il suo pensiero, arrivando a queste conclusioni: che il contratto di mediazione, da cui nasce il rapporto di mediazione, crea in sostanza l'autorizzazione al mediatore, per parte dei due contraenti aventi opposti interessi, di avvicinarle per tentare la conclusione dell'affare; il compenso non è attribuito se non è raggiunto il risultato per cui il mediatore fu autorizzato; le parti sono padrone sempre della loro vo-

¹⁾ *Obbligazioni*, III, n. 167. Il concetto del mandato è anche nel cod. feder. obbligazioni, art. 412. Il PUNTSCHART, *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse*, p. 429, distingue mediazione dal mandato, perchè quello non è uno speciale rapporto fiduciario come questo.

²⁾ *Mandat*, n. 245.

³⁾ *Trattato*, I, n. 228, 1, p. 344, IV ed.

⁴⁾ *Manuale del dir. commerc.*, I, p. 499. E così pure il VIDARI, n. 548.

⁵⁾ *Rivista dir. commerc.*, 1911, I, 19. Così pure il PAGANI, *Commentario del VAL-LARDI*, I, n. 166.

⁶⁾ E chi ascrive la mediazione al mandato conclude nello stesso senso, perchè il mandatario ha l'obbligo di fare. Così il BORSARI, *Cod. comm.*, I, num. 137-138.

⁷⁾ *Commento al cod. comm.*, n. 181.

⁸⁾ *Rivista di dir. comm.*, 1913, I, 1 sg.

lontà, e possono revocare l'autorizzazione; ma anche il mediatore è libero liberissimo di non dar corso all'attività di accostamento delle due parti, rinunciando con ciò al compenso.

Ora, posso errare, ma — posta l'esattezza, e non ho nessuna ragione per dubitarne, di questi risultati, che il Bolaffio ¹⁾ ha desunto dall'atteggiamento pratico della mediazione nella vita quotidiana, e nella giurisprudenza ²⁾ — pare a me che tutti questi elementi si possono benissimo ricollegare diversamente da quello che, a quanto pare, fa il Bolaffio, e che da questo nuovo e diverso ricollegamento balzi la figura del mediatore di cui l'attività di lavoro è *in condicione*, e non *in obligatione*. Quelli che ho riassunto sono, si noti, gli elementi sostanziali di cui mi servirò pur io, perchè mi sono sembrati costituire un risultato praticamente molto ragionevole. Il Bolaffio però ha aggiunto altri elementi che riflettono il suo apprezzamento meramente ricostruttivo. Detto che il mediatore è autorizzato a fare ciò che occorre per la conclusione dell'affare aggiunge che a tale scopo egli rende o presta ai futuri contraenti l'opera sua di intermediario parziale, e per « vender l'opera » il Bolaffio allude naturalmente all'obbligo di chi si assume di dar l'opera propria. Più avanti conclude dal fatto che la mercede è subordinata alla conclusione dell'affare, che « dunque si tratta di una forma speciale di *locatio operis* », caratterizzata dalla libertà di recesso delle due parti contraenti.

Se prescindiamo da questi due ulteriori apprezzamenti ricostruttivi del Bolaffio si scorge quanto facilmente quegli elementi conducano a negare l'obbligo del lavoro, e quindi a negare radicalmente che vi sia un « contratto di lavoro ». Il rapporto di mediazione sarebbe caratterizzato da una massima autonomia dei contraenti: delle due parti aventi interessi opposti, quanto alla revoca dell'autorizzazione; del mediatore, quanto all'espletamento effettivo dell'attività di lavoro che dovrebbe mirare all'accostamento delle due parti. In ciò concordo perfettamente; e del resto lo stesso Carnelutti, che ammette l'obbligo di agire, non è di diverso avviso, quando osserva che lo stesso interesse determinato dalla provvigione è tale da spingere il mediatore sempre ad agire, e a fare tutto quanto sta in lui: con che sarebbe superfluo lo stimolo della coazione giuridica ³⁾. Appunto: è superfluo; il rapporto di mediazione è cosiffatto che il legislatore ha creduto

¹⁾ La visione esatta della realtà pratica raramente fa difetto nel BOLAFFIO.

²⁾ Della quale non può non essere un riflesso il laconismo legislativo in proposito. Ricordo però ancora che gli usi possono esplicitamente modificare tutto ciò.

³⁾ Si verifica anche qui, adunque, lo stesso fenomeno che noi abbiamo già constatato sopra (p. 408), a proposito dell'appalto di esazione: si elimina l'obbligo di porre in essere una data attività, perchè l'interesse del creditore a che questa attività del promittente sia stimolata si intende già attuato per altra via: anzi, con maggior efficacia.

sufficiente spinta la molla del proprio interesse, senza bisogno di creare una coazione giuridica. E chi per poco abbia pratica di mediatori, sa quanto febbrile e insistente sia l'attività loro nonostante la mancanza di coazione (di cui, che io sappia, non si hanno esempi negli annali della giurisprudenza).

156. Dunque libertà piena, per il mediatore, di darsi attorno o no per la conclusione dell'affare, possibilità quindi di rinunciarvi affatto (salvo che lo faccia per danneggiare le parti che a lui hanno fatto ricorso). E allora perchè ammettere un obbligo di attività di lavoro, come necessariamente il Bolaffio deve fare, se vuol restare pur sempre nel campo della *locatio operis*, sebbene di una forma speciale, e non ordinaria? Ma l'egregio commercialista risponde che se vi ha questo obbligo vi ha anche libertà di recesso: il risultato pratico è lo stesso. Io però, dico il vero, non mi so raffigurare un contratto di lavoro, che, anzichè vincolare il contraente che si è assunta la prestazione di lavoro, gli attribuisce piena libertà di non adempierla, se meglio gli piace; o, che è poi lo stesso, lo vincola solo fino a che gli piaccia di essere vincolato. Vi è qui un capovolgimento di principî essenziali che costituiscono la nervatura del contratto di lavoro. Con questo chi ha bisogno del lavoro altrui se lo assicura: che assicurazione vi ha qui, se il mediatore può tener in non cale l'incarico ricevuto? Certo; la eminente fiduciarietà⁴⁾ del contratto di lavoro agevola in sommo grado l'efficacia del recesso unilaterale, ma però sempre colle debite cautele. Così nella locazione d'opera, il recesso non è affatto lecito al debitore dell'opera, che è obbligato a raggiungere il risultato promesso; mentre lo è al committente, che, però, deve sopportare le conseguenze indicate all'art. 1641.

Il Bolaffio dirà, appunto, che perciò non vi è nella mediazione una ordinaria locazione d'opera. Ma no: non vi è nè una ordinaria, nè una speciale locazione d'opera. Qui si esce completamente dai limiti assegnati al tipo « contratto di lavoro ». Si noti: la peculiarità deriva anche dalla libertà assegnata alle due parti che il mediatore è chiamato a conciliare tra loro. Infatti vi è anche per esse questa particolarità, la possibilità cioè di revocare al mediatore l'autorizzazione, senza rispondere delle conseguenze indicate nell'art. 1641⁵⁾. Però

⁴⁾ A proposito di questa fiduciarietà, certo è fiduciaria anche la posizione del mediatore. Il CROME, *Partiarsche Rechtsgeschäfte*, cit., p. 410, se ne fa forte per l'obbligo di fare: spesso il cliente confida al mediatore cose e notizie che si guarderebbe dal confidargli se lo sapesse non vincolato a fare. Prima di tutto anche se il cliente avrà dei dubbi sull'obbligo di fare è probabile che le confidenze le faccia lo stesso, così come gli dà l'incarico (sulla qual parola cfr. appresso). Ma, soprattutto, il colpevole abuso di quelle confidenze costringe il mediatore al risarcimento dei danni, sia o no obbligato a fare.

⁵⁾ Il RAMELLA, v.º *Mediazione*, in *Enciclop. giurid.*, n. 88, osserva pure che la

questa facoltà di recesso è limitata, per modo che il recesso del mediatore appare più libero da impacci di quello che non sia la facoltà di recesso di chi al mediatore si è rivolto. Infatti, per quanto si neghi un obbligo di fare, nel mediatore, si può però riconoscere che il contratto produca un vincolo di natura differente: quel vincolo di « aspettativa » che sta alla base dell'obbligazione condizionale. Infatti le parti sono obbligate al pagamento della mercede « se l'affare riesce ». Ora, fino a che non abbia luogo un recesso o meglio una revoca di autorizzazione (secondo il concetto, che mi pare esattissimo, del Bolaffio), per parte dei contraenti, nei rapporti col mediatore indubbiamente quel vincolo dura. Certo il recesso, una volta che è ammesso, non può portare ad una lesione di questo vincolo: ma anche questo è vero solo entro certi limiti. Mi spiego. Vincolo di aspettativa è l'obbligo di astenersi da ciò che potrebbe impedire che la condizione si formi per esonerarsi dall'obbligazione. Ora, la revoca dell'autorizzazione, permessa, ha per effetto appunto di impedire che questa condizione (la conclusione dell'affare) si avveri. Ma se è fatta unicamente per impedire al mediatore di guadagnare la provvigione o (che è lo stesso) di arrivare al risultato, cioè se viola quel vincolo, in tal caso il recesso o la non stipulazione del contratto, a quanto si insegna comunemente, non rompono il rapporto di mediazione ¹⁾. Il che prova che quel vincolo di aspettativa ha la sua importanza e la posizione quindi delle parti aventi interessi opposti, che il mediatore è chiamato a conciliare, è ben diversa da quella del mediatore in quanto è più limitato il recesso: proprio il contrario di quel che avviene nella locazione d'opera (art. 1641), in cui si capisce una maggiore autonomia per il creditore, anzichè per il debitore del lavoro!

Dunque libertà per il mediatore, e libertà (però, come s'è visto, minore) pure per le parti che con esso hanno contrattato: l'una è in correlazione coll'altra. Infatti, se il mediatore fosse obbligato a dare l'opera sua, si dovrebbe in tal caso ritenere che la mercede non la possa conseguire se non a affare concluso. Ora, ognuno vede che enorme rischio egli si accollerebbe; la conclusione dell'affare, infatti, non dipende da lui solamente, ma anche dal beneplacito delle parti contraenti. Se queste all'ultimo si rifiutano (non per danneggiare il mediatore), questi vede sprecata l'opera sua paziente, poichè non ha

mediazione si distingue dalla locazione d'opera perchè la parte che diede l'incarico (veramente qui di incarico non sarebbe il caso di parlare!) è sempre libera di accettare l'opera del mediatore o di respingerla.

¹⁾ BOLAFFIO, ult. cit., p. 6; il quale pure richiama, esattamente, l'art. 1169, a questo proposito. In pratica però la prova di questo elemento intenzionale non sarà molto facile. Qui mi sono limitato ad accogliere, senza discuterlo, un comune insegnamento, che ad ogni modo corrobora la mia tesi.

diritto alla provvigione, e neppure a una rifusione di spese. Ora è bene intenderci: io non credo che tutto ciò sia incompatibile colla struttura elementare del contratto di lavoro. In questo vi è, come elemento tipico, la prestazione di lavoro; nella locazione d'opera, ad es., si tratta di un risultato del lavoro, a cui la mercede è naturalmente corrispettiva. Ma quando il risultato del lavoro (per limitarci alla locazione d'opera) presuppone anche elementi estranei assolutamente all'azione dell'imprenditore e tali che questi sa di non poterli signoreggiare¹⁾, non abbiamo più la prestazione di lavoro puramente, ma la prestazione di lavoro più questo elemento nuovo; e in tali condizioni difficilmente, in pratica, l'imprenditore si assumerà quel risultato, se la mercede è subordinata anche al concorso di questo nuovo elemento (nel caso nostro la effettiva stipulazione del contratto preparato dal mediatore). Infatti abbiamo la assunzione di un rischio molto forte, tale da rendere oltremodo aleatoria la posizione del debitore, quanto al suo compenso.

In pratica difficilmente vi sarà l'assunzione, perciò, di un rischio sifatto: però, se vi è, non mi pare (ripeto) che si esca dai limiti strutturali del contratto di lavoro. Ma l'assunzione di un obbligo di fare, in tal caso, sarà anche meno frequente: vi sarà al più assunzione del rischio, ma niente di più²⁾. In conclusione è appunto per questo ulteriore rischio, che il mediatore si riserba di mettere o no in moto la sua attività di lavoro, secondo che crederà più opportuno³⁾. Con ciò, cioè

¹⁾ Cfr. in proposito sopra, p. 183 sg.

²⁾ Quando il rischio possa non essere dominato dall'opera dell'uomo normalmente non vi ha, in chi l'assume, l'obbligo di agire in modo da evitare o provocare il fatto contenuto nel rischio. Ed è allora che, come sopra (p. 408, 412) osservavamo, vi ha puramente la assunzione di una « garanzia ». Tuttavia non è inconcepibile la sussistenza, accanto a questa assunzione del rischio, dell'obbligo di agire, quando il creditore intenda non rimettersi puramente alla spontanea iniziativa del debitore che ha assunto il rischio, ma assicurarsi meglio con un obbligo del debitore. Ciò accade quando l'assunzione del rischio non implica assunzione di garanzia, cioè il rischio si riferisce solo al rapporto tra le due controprestazioni, non al risarcimento dei danni eventuali. Ad es., un medico che abbia assunto di esser pagato solo in caso di guarigione del paziente (ecco il rischio a suo carico, p. 187), è però obbligato a curar l'ammalato: se manca a quest'obbligo deve risarcire i danni. È la situazione, a mio avviso, del viaggiatore di commercio, nel caso molto ipotetico, di cui a p. 191. Ma tanto il medico come il viaggiatore ben di raro, in pratica, assumeranno quel rischio. Invece la mediazione è un istituto di grande importanza pratica: ora perchè il mediatore possa essere eccitato alla sua attività intermediaria, che presuppone l'accollo quel rischio, bisogna ritenerlo assolutamente libero da obblighi di agire. La cura dell'ammalato è tale interesse da ritenere imprescindibile il dovere della cura diligente nel medico: non così per la gestione del mediatore diretta a ottenere la stipulazione del contratto.

³⁾ Ciò è opportuno, in riguardo alla probabilità di buona riuscita. Non varrebbe l'intenzione di danneggiare le parti che a lui si sono rivolte, come notammo. Ciò perchè la buona fede, l'equità regge tutti i contratti (art. 1124). Non escludo, poi,

con questa autonomia, con questo svincolo da ogni possibilità di pressione, le parti che a lui si sono rivolte scontano in certo modo il rischio accollato sul mediatore. In fondo un riflesso di questa conclusione si può scorgere nell'opinione del Vivante ¹⁾, che la mediazione non sia locazione d'opera perchè chi diede l'incarico può rifiutare l'affare proposto (non è cioè costretto ad accettare l'*opus*). Vi è qui un'alea così forte, un arbitrio così grande, quale nei limiti del contratto di lavoro, che porta a un'obbligazione di fare, difficilmente in pratica può essere contenuto.

A riprova della verità di quanto asserisco, ricorderò che alcuni, partendo dal concetto implicito che si abbia qui un contratto di lavoro, sentirono il bisogno di una disciplina giuridica più in armonia colle regole del contratto di lavoro; e, siccome ogni lavoro merita un compenso, si ritenne che se il contratto non è stipulato per ragioni che provengano dall'opera del mediatore, questi ha diritto a una retribuzione, sia pure non equivalente all'intero diritto di provvigione ²⁾. Ora, questo è esatto se ammettiamo un contratto di lavoro: e infatti questo è il concetto del Vidari: « perchè chi presta ad altri l'opera

che l'art. 1124 e gli usi (civili o commerciali) abbiano a obbligare il mediatore a notificare alle parti la sua eventuale rinuncia: notificazione dichiarativa, si noti, non costitutiva. Non essendoci obbligo di prestazione non occorre se non, al più, la comunicazione della notizia della sua rinuncia (dichiarazione di scienza). Cosa ben diversa è il recesso del mandatario, obbligato alla prestazione.

¹⁾ Op. cit., I, n. 220. Tutto ciò non ha invece inteso il REZZARA, *Dei mediatori e del contratto di mediazione* (1903), p. 21, che nega la locazione d'opera perchè la retribuzione non è proporzionale ai servizi prestati, sibbene a un risultato. Evidentemente il REZZARA non ha un'opinione chiara di quello che sia la locazione d'opera, in confronto a quella di opere. Il curioso è che il PLANCK, *Komment.*, p. 393, ha invece affermato che la mediazione è locazione d'opera solo se il mediatore si obbliga a un dato risultato. Quando ciò non sia è mediazione pura. Ma si può rispondere (così anche RIEZLER, op. cit., pag. 91) che il mediatore mira sempre a un risultato. Probabilmente si confonde risultato (che vi è sempre nella locazione d'opera) con risultato favorevole (che può non essere garantito dal lavoratore). Noto che lo stesso BOLAFFIO, negli *Studi per V. Scialoja*, II, pag. 6-7, aveva scritto che il mediatore non è obbligato perchè nessuno è obbligato a lavorare per altri per un risultato che più che dai suoi sforzi dipende dalla volontà di chi promette il compenso. Benissimo!

²⁾ In questo senso VIDARI, cit., I, n. 640. Anche meno esattamente la sentenza della Corte d'App. Venezia, marzo 1909, *Diritto commerc.*, 1910, I, fasc. 1-2, decise che è dovuto al mediatore il prosenetico anche se non vi sia stata la conclusione del contratto, quando a questa i contraenti non abbiano voluto o potuto addurre per causa indipendente dalla volontà del mediatore stesso. Per non aver capito la relazione tra l'autonomia del mediatore e quella delle parti, si è arrivati a applicare forzatamente alla mediazione la disciplina del contratto di lavoro, contro l'art. 32 Cod. commerc., che pure parla molto chiaro. Una nota del dott. GREGO, *ivi*, rileva, esattamente, l'erroneità di questo concetto, derivante dall'aver voluto parificare il mediatore a un conduttore d'opera.

propria deve esserne proporzionalmente retribuito ». È invece inesatto in caso diverso. E infatti dalla relazione Mancini si ricava che questo temperamento equitativo va respinto. Naturalmente in quella relazione si adducono motivi differenti dall'altro, qui citato, che non vi sia contratto di lavoro; ed è naturale, trattandosi di politica legislativa. Ma l'interprete, ricostruendo, vi deve vedere un indice in favore dell'opinione qui accolta; che, cioè, contratto di lavoro, e quindi coazione di lavoro non vi sono.

La costruzione vera l'ha proprio additata, a mio sommessso avviso, lo stesso Bolaffio, quando accenna alla autorizzazione di avvicinare le parti come conseguenza dell'accordo tra le parti e il mediatore. Un negozio giuridico « autorizzativo », dunque, secondo la terminologia proposta dal Nattini? ¹⁾. Rispetto al mediatore, sì; non vi ha che una semplice autorizzazione ad agire.

In conclusione, pare a me che il concetto di una attività di lavoro del mediatore solo in *condizione* e non in *obligatione* sia probabilmente, dato l'atteggiamento pratico del rapporto di mediazione, il concetto più accettabile ²⁾. E anche, se non erro, il più in armonia col'impressione che, si voglia o no, desta a tutta prima il titolo V del Cod. di comm., in cui si discorre dei mediatori (art. 29 sg.). L'art. 32, è vero, è equivoco: però è sintomatico che il nostro legislatore non abbia fatto parola di obblighi del mediatore (salvo quelli riguardanti i libri, art. 33) ³⁾. Vi è veramente l'art. 30, che discorre di mediatore « incaricato di un'operazione ». Alla lettera l'« incarico » sarebbe accolto di un'obbligazione di fare (come nel mandato, nel contratto di lavoro). Ma questa, che non è parola appartenente alla tecnica terminologica giuridica, appunto perciò ha una indeterminatezza di contorni sua propria: probabilmente con essa si volle alludere al fatto (per cui non c'è una adeguata espressione italiana) delle due parti che si rivolgono al mediatore invocando l'opera sua, autorizzandolo ad avvicinarle; infatti lo stesso art. 30, continuando, accosta l'autorizzazione all'incarico ⁴⁾.

¹⁾ In *Rivista di dir. commerc.*, 1912, I, 485.

²⁾ Non dunque la conclusione dell'affare è in *condizione* rispetto alla compiuta efficacia del contratto di mediazione, come opina il VIVANTE (op. cit., n. 229) • qui osserva benissimo il BOLAFFIO che il compenso è in *obligatione*, non in *condizione*.

³⁾ Il mediatore ha anche l'obbligo di agire con imparzialità (REZZARA, cit., p. 15), quello di verificare la verità delle sottoscrizioni, la capacità delle parti, di curare che le merci negoziate non siano né rubate né smarrite, ecc. Ma tutti questi obblighi, si noti, presuppongono che il mediatore abbia spontaneamente iniziata la prestazione di lavoro.

⁴⁾ Altri argomenti in favore del nostro assunto sono di dubbio valore. Non vale opporre, ad es. (RAMELLA, cit., n. 88), l'indeterminatezza della prestazione del mediatore. Perchè sussista un *opus faciendum* non occorre, infatti, una garanzia del

Certo più chiaro assai è il codice civile germanico: pel § 652 « chi per l'indicazione di un occasione di stipulazione di un contratto..... promette una provvigione, è obbligato al pagamento della mercede solo se il contratto è stipulato in virtù dell'indicazione... ecc. ». E a un obbligo del mediatore non si accenna affatto.

157. Concludendo, non essendovi in tutti i casi che sin qui abbiamo brevemente illustrato obbligo di fare, non vi è contratto di lavoro nel senso stretto ¹⁾).

Certo, anche il mediatore, se ha la veste di mandatario, o di commissionario, di commesso, ecc., assume delle obbligazioni di fare: ma in tal caso esula, come abbiamo sopra notato, la tipica « mediazione »; e la mercede è proprio la mercede del contratto di lavoro, non il « diritto di mediazione » di cui all'art. 32.

Ma in quei casi, se non vi è contratto di lavoro, vi ha pur sempre un tipo autonomo di contratto ²⁾ che al contratto di lavoro molto si avvicina. Abbiamo qui un contratto sostanzialmente unilaterale, e che tuttavia non è a titolo gratuito; un altro caso, questo, di non coincidenza di queste due specie di contratto. Esso è a titolo oneroso, poichè ognuno dei contraenti non è mosso che da intenti egoistici ³⁾. Tra i casi in cui manca l'obbligo di fare abbiamo visto anche la promessa per pubblici proclami; anche qui, come nel caso nostro, si ha in sostanza la promessa di un compenso se si porrà in essere una data prestazione, per lo più di fare ⁴⁾. Naturalmente la promessa per pubblici pro-

risultato, così come è nel caso normale del medico, dell'avvocato, ecc. che assumono solo la cura di un malato o di un affare; e perciò l'intrusione per procurare la stipulazione di un contratto mi pare determini sufficientemente la prestazione. Cfr. CROME, *Partiarische Rechtsgeschäfte*, cit., p. 417. Piuttosto è verissimo che è molto difficile, per non dire impossibile, determinare esattamente quel che il mediatore avrebbe dovuto fare: non è facile indicare quali pratiche egli avrebbe dovuto compiere, in quanto nel caso del mediatore si tratta di un apprezzamento eminentemente soggettivo delle circostanze, dell'opportunità di compiere certi atti: è una questione di tatto e di tattica in cui è difficile dettare delle regole. Il mediatore può sempre opporre che egli la pensava diversamente. Come si può concepire perciò una coazione a fare contro il mediatore? Ecco perchè un'azione contro mediatori in questo senso non è praticamente concepibile. E ciò ammette pure il CROME, cit., p. 418. Per me, naturalmente, non è a discorrere neppure di un'azione per danni: salvo sempre se vi sia dolo. E salvi, ripeto ancora, gli usi.

¹⁾ In questo senso HELLWIG, *Verträge auf Leistung an Dritte*, p. 617, nota 42 (in fine); RIEZLER, *Der Werkvertrag und das bürgerl. Gesetzbuch*, p. 91.

²⁾ Vi è contratto. È strano come il CROME, cit., p. 415, abbia potuto asserire che, mancando l'obbligo di fare, non sussisterebbe neppure il contratto.

³⁾ Perciò va subito messa da parte l'idea di una donazione modale. Cfr. però SCUTO, *Il modus*, p. 195. Nella mediazione vi è certo uno scambio di lavoro contro mercede; che la provvigione sia una partecipazione agli utili del contratto non attribuisce alla mediazione natura associativa (p. 185 sg.), il mediatore essendo affatto estraneo all'affare che cerca di far stipulare.

⁴⁾ In questo senso cfr. pure KRAINZ-PFAFF, *System d. allg. Privatrechts*, 11,

clami non è vincolativa (nel nostro sistema giuridico), perchè il contratto si forma coll'adempimento della prestazione richiesta, mentre il contratto di mediazione si forma prima che il mediatore si accinga all'opera; nella mediazione l'onerosità è attata col nesso condizionale, nella promessa per pubblici proclami col fare del lavoro un elemento costitutivo. Questa e altre differenze mostrano che l'analogia tra queste due categorie di casi va accolta solo fino a un certo punto. E lo stesso Codice german. colloca, del resto, la mediazione tra il contratto di lavoro e la promessa per pubblici proclami ¹).

§ 6. — *Se l'onerosità presupponga un onere e un'utilità per ognuno dei contraenti.*

SOMMARIO. — 158. Il contratto a titolo oneroso accolla l'onere di ognuna delle due prestazioni ad ognuno dei due contraenti. — 159. Carattere relativo di questo principio. — 160. Casi in cui l'onere figura contrattualmente a carico di terzi. In specie il contratto di edizione. — 161. Il contratto stipulato col cameriere che è remunerato colle mancie ricevute dagli avventori. Altri casi affini. — 162. Teoria del Lotmar dell'occasione di guadagno, per questi casi, e sua confutazione. — 163. Ipotesi di compenso pagato al lavoratore con calcolo delle mancie. — 164. Quale influenza in ambo i casi la mancanza delle mancie abbia sul contratto. — 165. Se coll'onerosità sia compatibile la destinazione dell'utilità a persona diversa del creditore del lavoro.

158. Non basta perchè si abbia il tipo « contratto di lavoro » che tra le due prestazioni vi sia equivalenza; che inoltre tutte e due si riconnettano al medesimo contratto, e che almeno la prestazione di fare sia in obbligazione. Occorre per di più che l'un contraente si assuma effettivamente l'onere di un'attività di lavoro, e che l'altro a sua volta si assuma l'onere di un equivalente compenso. Veramente l'art. 1101 non fa esplicita menzione di questo requisito, rilevando solo il corrispettivo vantaggio a cui ognuno dei contraenti mira nel contratto a titolo oneroso. Ma che questo vantaggio sia ricavato per ognuno a spese dell'altro contraente è nella natura di questo contratto, e, più in genere, dello stesso concetto di « onerosità ». Infatti, che l'onerosità non possa essere concepita puramente come assicurazione di un

p. 269; che pure nega l'obbligazione di fare nel mediatore. Il *DERNBURG, Preuss. Priv. Recht*, II, § 190, ammette che non è di fatto neppur possibile una coazione. Questo abbiamo pur noi sopra rilevato; ma si badi che veramente il *nemo potest cogi ad factum* non basta per sè solo ad eliminar l'obbligazione di fare.

¹) Il lato pratico della questione sta in ciò, che le regole del contratto di lavoro non potranno essere estese analogicamente alla mediazione se non con molta prudenza, e nei limiti degli elementi veramente comuni (ad es. il pagamento della retribuzione).

uguale vantaggio per tutti e due i contraenti, come parrebbe a tutta prima dalla lettera dell'art. 1101, risulta dal concetto stesso di equivalenza. Equivalenza non è uguaglianza di vantaggi, ma proporzione tra l'onere a cui ognuna delle parti si sobbarca, e il vantaggio che con questa assunzione mira ad ottenere. Equivalenza non è che un giudizio soggettivo, l'apprezzamento che ognuna delle parti fa della convenienza di assumere un dato onere in vista di un determinato vantaggio.

Per cui l'assunzione di un onere è nella natura del contratto a titolo oneroso: che l'art. 1101 non lo dica espressamente, non significa nulla ⁴⁾. Del resto il contratto a titolo oneroso dovrebbe garantire a ognuno dei contraenti un vantaggio, ma a spese di chi? Non di un terzo, certo, perchè nessuno può impegnare l'opera o il patrimonio di altri; l'opera di un terzo non può essere impegnata neppure come rappresentante, nei rapporti con altri; può il contratto contenere al più una procura (che è rivolta ai terzi), ma i rapporti col terzo debbono essere disciplinati a parte e in un contratto a sè. E poi il caso di rappresentanza non ci riguarda; quando sia ammissibile (per la prestazione della mercede, più spesso), vuol dire che nei rapporti interni tra rappresentante e rappresentato si sarà provveduto perchè l'onere ricada sul rappresentato (ad es., con una provvista di fondi al rappresentante). Si può però dare anche il caso di delegazione di pagamento a un terzo il quale sia ricordato nel contratto di lavoro come quello che pagherà la mercede; vuol dire solo che l'onere ricade in definitiva sul contraente delegante, che rinuncia ad esigere il suo credito verso il terzo delegato.

Quanto asseriamo è tanto più evidente per una prestazione come quella di « fare ». Il vantaggio che il creditore del lavoro intende ottenere dal lavoro si intende che presupponga proprio la prestazione per parte di chi si è assunto di procurare all'altro quel vantaggio: se non fosse così avremmo pur sempre un contratto di lavoro, ma un contratto preparatorio (può anche essere un contratto di mediazione). E in via generale, perchè una persona che mira a ottenere una data utilità si rivolgerà a una data persona, promettendo ad essa un'altra utilità, se non si trattasse di ottenere proprio da quella persona l'utilità

⁴⁾ Così anche lo SCUTO, *Il modus nel dir. civ. ital.*, p. 174. « Nei contratti onerosi... ciò che l'uno deve ricevere importa un sacrificio grande o piccolo per l'altro che lo subisce: al vantaggio dell'uno corrisponde uno svantaggio o una perdita per l'altro ». Naturalmente io non escludo che questo concetto di « onere » debba interpretarsi con una certa latitudine. E soprattutto dal punto di vista di quello che è, in un dato caso, l'onere per i più, prescindendo da ragioni soggettive speciali che possano in un dato caso alleggerire per uno dei contraenti l'onere: se non erro abbiamo qui la manifestazione della legge Jevonsiana dell'indifferenza, negli scambi tra privati.

desiderata? Qui vuol dire, dunque, che il procacciamento di questa utilità deve essere a carico di questa persona.

159. Naturalmente questa incidenza dell'onere su ognuna delle due parti non ha niente affatto il carattere indispensabile di incidenza definitiva, ma portata strettamente contrattuale. E cioè occorre che nei rapporti con l'un contraente, di fronte a quest'ultimo figuri come aggravato dall'onere proprio l'altro contraente: è dunque con un criterio di eminente relatività che va considerato il principio surricordato. Il quale, per conseguenza, in realtà non toglie che nella sfera interna di ognuno dei contraenti vi possano essere circostanze che aggravano o alleggeriscono il carico. Così non è escluso che una terza persona aiuti il debitore del lavoro nell'esaurimento del compito che si è assunto; ciò tanto più per il lavoro autonomo, cioè per la locazione d'opera, di cui i rischi, a carico del lavoratore, possono essere diminuiti per il provvidenziale intervento di fatti e circostanze, così come possono invece subire un impreveduto aggravio. E così il creditore del lavoro può ricevere aiuti finanziari disinteressati; come può invece subire rovesci finanziari, che gli rendono più gravoso il debito di mercede. Sono fatti che non penetrano di regola nell'ossatura del contratto di lavoro, che possono giungere sino a eliminare completamente l'onere, senza che, perciò, nei rapporti ufficiali coll'altra parte, cioè di fronte a quella situazione che a noi importa, e che è la situazione contrattuale, sia eliminato il concetto di un onere gravante su tutte e due le parti.

Notiamo che anzi la cooperazione del terzo, o di terzi all'attuazione dell'onere assunto da una delle parti può essere perfettamente conosciuta all'altro contraente, e anzi far parte della posizione contrattualmente assunta dal primo. Ciò sia per la prestazione di lavoro come per la mercede. Ma specialmente per la prestazione di lavoro, che può, quanto alla sua attuazione, non essere solo di chi l'ha promessa: così è sempre laddove vi è il concetto di « impresa » per parte del debitore del lavoro. L'industriale non promette il lavoro manuale proprio, ma de' suoi operai. Questo (che a qualcuno ha fatto nascere il dubbio se proprio il contratto tra industriale e committente sia contratto di lavoro) in realtà non toglie, come meglio vedremo a suo luogo, che un lavoro (di organizzazione) si assuma anche l'imprenditore. L'onere (del lavoro) vi è dunque anche a suo carico.

Dopo ciò è chiaro che non siamo di fronte a un contratto a titolo oneroso, quando l'onere si presenta ufficialmente, cioè nel contratto stesso, come un onere di terzo, a cui il contraente è estraneo. Ciò accade più frequentemente a proposito dell'obbligo di pagar la mercede. Se è difficile concepire che l'attività di lavoro possa non essere a carico del debitore del lavoro, è assai più facile concepire che il creditore del lavoro non abbia almeno apparentemente a ri-

sentir l'aggravio della mercede dovuta, come accade invece nel caso normale. Astrattamente considerata la cosa, è certo che il debito di mercede non implica per necessità lo sborso materiale del denaro a titolo di mercede per parte del creditore del lavoro, che all'uopo può giovare di terze persone. Ma in ogni caso occorre: *a)* che il debitore della mercede, per esser tale, dia opera, coll'ordinario grado di diligenza, perchè questo pagamento avvenga; e *b)* che in definitiva l'onere finanziario del pagamento ricada sul creditore del lavoro. Il Lotmar¹⁾ ha opposto che la retribuzione deve essere attribuzione di un vantaggio patrimoniale al lavoratore, ma non occorre che sia un onere patrimoniale dell'altra parte. È un'asserzione rimasta, pur troppo, senza dimostrazione: che la retribuzione possa consistere nel lavoro, ad es. nell'insegnamento, prova che non vi sarà un onere patrimoniale, ma un onere indubbiamente: tutto l'onere della mercede è proprio a carico di chi, a titolo di compenso, dà il proprio lavoro. Ciò rincalza, se mai, la mia tesi.

I casi che praticamente qui ci interessano sono vari. Anzitutto vi è l'ipotesi di un generoso benefattore o mecenate che dà una somma a un artista, a titolo di compenso, per il lavoro che esso farà nella sala comunale di un dato Comune. Se il nome del mecenate potrà essere divulgato vi potrà essere anche la figura del contratto a favore di terzo, se concorrano i presupposti richiesti dall'art. 1128: in tal caso potremo anche avere un normale contratto di lavoro a favore di terzo. Ma in caso contrario l'artista si presenterà al Comune offrendosi di dipingere, senza nessun onere corrispettivo a carico del destinatario, degli affreschi sulla volta della sala; potrà far sapere che l'onere è a carico di terzi, e che è già stato soddisfatto, o lo sarà. Il contratto col Comune non è evidentemente un contratto di lavoro, nel senso nostro di contratto a titolo oneroso di lavoro²⁾. Qui poi s'affaccia il quesito: se almeno ne' rapporti tra il mecenate e l'artista vi sia un contratto di lavoro. Il dubbio nasce da ciò, che la prestazione di lavoro è compiuta dall'artista per conto proprio, e, ne' rapporti col destinatario, in virtù di un contratto autonomo. È un problema a cui verremo più avanti.

160. Vi è poi un gruppo di casi in cui il dubbio si riaffaccia e che lasciano a tutta prima perplessi. In essi si è soliti concepire per

¹⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 703.

²⁾ Caso affine è quello di cui nei casi giuridici di JHERING (n. 47): il corteggiatore di una signora dà una somma a un commerciante perchè abbia a vendere un dato oggetto, per un prezzo minimo, a quella signora. Si può ritenere che nei rapporti tra il commerciante e la signora non sussista vendita, perchè il commerciante non considera come equivalente della merce alienata il prezzo pagato dalla signora.

intuizione la sussistenza di un contratto di lavoro, perciò il Lotmar ha creduto di dover corroborare quest'impressione, malgrado apparentemente l'onere della mercede non ricada sul creditore del lavoro. Un primo caso sarebbe, secondo il Lotmar, quello del cosiddetto « contratto di edizione » ¹⁾. L'editore, come debitore del lavoro, deve procurare la stampa e la diffusione dell'opera affidatagli. Il compenso a lui attribuito perciò dall'autore consiste nella concessione all'editore di diffondere l'opera « per conto proprio »: il che è essenziale al contratto di edizione; il guadagno fatto collo spaccio per conto proprio gli appartiene, e lo può conservare in tutto o in parte: esso (o meglio, come vedremo, l'occasione di guadagno) costituirebbe la retribuzione dell'opera assunta e prestata dall'editore ²⁾. Ora vediamo quanto vi sia di vero in questa costruzione del Lotmar. Già il contratto di edizione ci ha più di una volta brevemente occupato. Abbiamo osservato come in sostanza si sia negato a quel contratto il carattere di contratto di lavoro perchè non risulta evidente l'alienità teleologica dell'attività editoriale. Il perno del rapporto non è più l'autore (che commette il lavoro), ma l'editore, che lavora per sè, e riscuote lui stesso per sè e non per l'autore il prezzo degli esemplari venduti ai terzi. In realtà accade qui quello che in altri casi, in cui il debitore del lavoro si trattiene la mercede che gli è dovuta, e che egli stesso si trova a poter percepire direttamente dai terzi.

Si tratta cioè di una prestazione di lavoro che si esplica in rapporto coi terzi: il debitore del lavoro figura come intermediario tra la persona che di lui si serve e i terzi. O si tratta di lavoratore subordinato, come è il ricevitore del lotto, che abbiám visto potersi considerare come impiegato dello Stato, e che si paga coll'aggio sulle somme percepite; oppure di lavoratore autonomo, come è in certi casi l'appaltatore di un servizio pubblico ³⁾: e così pure l'editore si assume di stampare e di pubblicare un manoscritto; e come compenso si trattiene quella parte di utile lordo (dato dal prezzo riscosso dagli acquirenti degli esemplari) che costituisce la differenza tra quell'utile lordo e la somma pagata all'autore, se una somma fu pagata (e se non vi fu partecipazione agli utili: caso di cui ci siamo già occupati). In tutti questi casi il debitore del lavoro si trova in condizione di poter fare a sè stesso il pagamento della mercede, prelevandola sulla somma

¹⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 702.

²⁾ A differenza dal caso che dopo di questo illustreremo, qui il creditore del lavoro (cioè secondo la teoria del Lotmar l'autore) non avrebbe alcuna influenza sul guadagno fatto dall'editore in connessione puramente con contratti di compravendita stipulati con terzi. Perciò è un caso che, secondo il Lotmar, non offrirebbe all'analisi del giurista alcun problema interessante, cfr. l. cit.

³⁾ Cfr. sopra, p. 191, nota 1.

riscossa da terzi. Che quanto al residuo al creditore del lavoro sia dovuta una quantità incerta e aleatoria, come è per il ricevitore del lotto, o una quantità fissa, come è per certe forme d'appalto di servizi pubblici, porta certo una sensibile differenza giuridica, in quanto nel primo caso il rischio della prestazione di lavoro, quanto al suo risultato, è caricato sul creditore del lavoro (e il lavoro è quindi subordinato), mentre nel secondo caso il rischio è interamente caricato sul debitore del lavoro, e il lavoro è quindi autonomo (locazione di opera). Ora, in nessuno di questi due casi l'onere della mercede è realmente a carico di terzi; perchè chi lo tollera in definitiva è proprio il creditore del lavoro, in forma di diminuzione sull'utile che la prestazione di lavoro mira a conseguirgli. Nessun dubbio per questo lato, che in quei due casi non si violi il principio proprio dei contratti a titolo oneroso, che è quindi del contratto di lavoro ⁴⁾.

Che poi quanto al contratto di edizione la conclusione sia identica pare a me indubbio. L'editore è un intermediario tra l'autore e il pubblico. Ora l'autore può battere due vie: può incaricare un editore-tipografo di stampare e diffondere a nome dell'autore il suo manoscritto con diritto a una determinata mercede che l'autore gli versa, e con obbligo di versare all'autore integralmente il ricavo della vendita degli esemplari. In questo caso, come si capisce, il rischio della pubblicazione grava interamente sull'autore; l'editore stampa per conto di quest'ultimo, all'editore non toccherà se non il più limitato rischio derivante dall'organizzazione puramente interna della sua azienda industriale, e in tal caso il De-Gregorio non ha nessuna difficoltà, a quel che pare, ad ammettere che si tratti di un contratto di lavoro ⁵⁾, con la piena applicazione, ad es., dell'art. 1641: se il rischio (e l'utilità eventuale) quanto alla pubblicazione è dell'autore, potrà anche rinunciare, nei limiti ammessi da quell'articolo. Ma l'autore potrà autorizzare l'editore a pagarsi prelevando quanto gli spetta sul ricavo lordo della vendita (posto che questo ricavo basti a soddisfare le ragioni dell'editore). Anche qui la cosa non muta: di nuovo qui vi è che il debitore si paga da sé: ma abbiám già visto che questo non toglie che l'onere ricada in definitiva (anche dal punto di vista contrattuale, che è quel che più importa) sull'autore (un onere, direi quasi, *en moins prenant*). In questo caso, ripeto, la struttura economico-giuridica non muta affatto da quello che è pel caso precedente.

⁴⁾ Lo stesso si verifica quanto al vetturino in rapporto col proprietario della vettura pubblica: il vetturino è incaricato di riscuotere i noli dovuti dai viaggiatori al proprietario della vettura; il residuo oltre il fisso di 4 o 5 lire dovute al proprietario se le trattiene il vetturino (sopra, p. 190, nota 1), ma sono, come si capisce, una diminuzione di quei noli.

⁵⁾ *Contratto di edizione*, cit. (1913), p. 93.

E finalmente l'autore può rimbalzare sull'editore anche il rischio della pubblicazione: e questo è quanto avviene per lo più e per la medesima ragione per cui la stessa cosa avviene in altri casi, cioè per la difficoltà di efficace controllo che sussiste nei due precedenti casi, in cui l'autore dovrebbe poter esattamente controllare l'esatta restituzione a lui del ricavo integrale della vendita, cosa tutt'altro che comoda e agevole. Ora per la medesima ragione per cui il Comune, rinunciando al controllo sull'integrale restituzione delle somme (qualunque esse siano) effettivamente percepite dall'esattore carica il rischio su di lui, obbligandolo al pagamento di una somma fissa (per il Comune vi sono poi altre ragioni: la necessità di una riscossione ben determinata e non aleatoria, per provvedere ai bisogni pubblici), così l'autore può limitarsi a pattuire per sé un dato utile (che l'editore gli paga direttamente), lasciando a quest'ultimo il di più che colla vendita possa eventualmente percepire. Se l'editore non riterrà di poter percepire un di più sufficiente per il proprio lavoro, potrà non solo non pagar nulla all'autore, ma pretendere da lui quella somma che ai suoi occhi rappresenti la differenza fra l'utile netto ricavato colla vendita degli esemplari e quella che egli consideri come sufficiente remunerazione pel proprio lavoro. Tutto ciò non impedisce che si abbia pur sempre un'attività che l'editore assume ¹⁾ nell'interesse dell'autore, il quale sorveglia a che la stampa e la diffusione avvengano in quei modi che abbiano a tutelare l'interesse dell'autore come tale ²⁾). Naturalmente la forma della retribuzione fa sì che l'editore abbia un interesse proprio a questa stampa e diffusione, a cui è strettamente subordinata la sua retribuzione. Ecco perchè l'editore ha il diritto di compiere il lavoro (fenomeno che non rappresenta la regola, ma si verifica tuttavia, e non è affatto incompatibile con la qualità di debitore della prestazione) ³⁾; egli ha un interesse proprio alla prestazione, così come lo

¹⁾ Che dunque l'editore assuma un'attività a cui si impegna, e insieme di pagare all'autore una somma di denaro, si spiega benissimo come « contratto di lavoro », in cui debitore del lavoro è l'editore (naturalmente qui prescindendo dal caso più complesso in cui il contratto di edizione presupponga nel momento della stipulazione non già un manoscritto pronto, ma un manoscritto che l'autore si assuma di preparare). *Contra* cfr. KOHLER, nella *Encyclop.* di HOLTZENDORFF, 1904, I, p. 628, 684.

²⁾ Vario può dunque essere l'interesse che anima l'autore a stipulare il contratto di edizione. Nell'ultima ipotesi di cui nel testo non sarà certo uno scopo lucrativo, ma l'interesse della pubblicazione, ad es., per scopi scientifici. o per procacciarsi un titolo per concorsi, per scopo di beneficenza, ecc. Questo è l'interesse personale che può anche non essere patrimoniale (cfr. sopra, p. 94 sg.).

³⁾ Cfr. BARASSI, *Istituzioni di dir. civile* (1914), p. 300. Si noti però che la prestazione di lavoro dell'editore è, prima che un diritto, un obbligo per lui: è qui che si rivela la vera fisionomia del rapporto; l'avervi un diritto non è, in certo modo, che una ulteriore sovrapposizione nata dalla forma della retribuzione.

ha il ricevitore del lotto. In fondo non è che un'accentuazione dell'interesse che hanno i cottimisti, per cui l'ammontare della mercede è in proporzione della prestazione: non vi è dunque, contrariamente a quanto opina il De-Gregorio, nulla di anormale dal punto di vista del contratto di lavoro, di cui, ripeto, il contratto di edizione è una forma applicativa, sia pure con propria fisionomia, che non ne altera però le linee essenziali e tipiche.

La conclusione è, adunque, che si può giustificare l'onerosità del contratto di edizione ora descritto. Onerosità in quanto l'autore abbandona all'editore, in tutto o in parte, il provento ricavato dalla vendita degli esemplari. Vi è perciò quella concessione della facoltà di sfruttare economicamente la riproduzione del manoscritto (colla cessione del diritto patrimoniale d'autore) a cui il Lotmar ha fatto succintamente allusione, come modo di retribuzione del lavoro dell'editore, e che io ho cercato qui di sviluppare. In sostanza, relativamente a questo primo caso, sono pienamente d'accordo con il Lotmar: un onere vi è nello spogliarsi di quel diritto patrimoniale, per modo che all'autore non resta più se non quella parte del diritto d'autore che è inseparabilmente connessa colla sua personalità di autore. È un caso in cui la cessione dell'occasione di guadagno ha effettivamente la portata di un onere, e quindi sussiste l'onerosità ¹⁾.

161. In altri casi è anche più accentuato il carattere del contratto stipulato dal lavoratore che deve esplicare l'attività sua a terzi, dai quali percepisca direttamente la remunerazione del servizio. Così il contratto tra il proprietario o il direttore di un ristorante e il cameriere. Come si sa, il proprietario, che è certo creditore del lavoro, in quanto verso di lui il cameriere si assume di adempiere il servizio in rapporto cogli avventori, spesso non è, alla sua volta, debitore di una mercede: o per lo meno (perchè non voglio qui pregiudicare la questione) non figura come se a lui spettasse di pagare un salario settimanale o men-

La legge ted. 19 giugno 1901 § 1 accolla all'editore esplicitamente l'obbligo di riprodurre e diffondere l'opera. Cfr. art. 380 Cod. fed. obbl. Perciò è assolutamente destituita di base l'opinione che vede qui la vendita della proprietà letteraria contro il prezzo consistente nella somma pagata all'autore, o, se nulla fu pagato, nella diffusione dell'opera. Così si capovolgono i termini, stranamente, facendo dello scopo che l'autore si propone il prezzo (cfr. DE-GREGORIO, cit., p. 88: per questo scrittore si avrebbe un tipo autonomo di contratto).

¹⁾ Un caso che va pure risolto alla stessa stregua è quello di chi remunera il lavoro di un bracciante, ad es., col cederli il godimento di un pezzo di terra. Vi è un attuale sacrificio del proprietario o locatore della terra (creditore del lavoro), in cui si può realmente scorgere quell'« occasione » in cui il LOTMAR ha voluto abbracciare casi disparati, con una generalizzazione eccessiva. Su questo caso cfr. LOTMAR, op. cit., I, p. 709, il quale pure è costretto ad ammettere che si tratta di un caso non identico a quello del cameriere, di cui discorro nel numero successivo.

sile, o altrimenti ¹⁾. Il cameriere riceve in tal caso la retribuzione del suo lavoro direttamente dagli avventori sotto forma di mancia. Ora, abbiamo qui un contratto di lavoro nei rapporti tra proprietario e cameriere? Stando a quanto fin qui si è asserito, e ritenuto che contratto di lavoro, come noi l'intendiamo, sia solo il contratto a titolo oneroso, la risposta, almeno a prima impressione, non potrebbe che essere negativa: mancherebbe l'onerosità, perchè l'onere della mercede non è a carico del proprietario.

Notiamo prima di tutto che un contratto di lavoro si deve escludere nei rapporti tra avventore e cameriere: tra i due non vi è alcun accordo contrattuale; l'avventore non fa che utilizzare il personale che l'azienda mette a sua disposizione. E del resto la mancia non è mercede, perchè il suo pagamento non è obbligatorio per il cliente del ristorante. Questa medesima situazione di prestazioni di lavoro destinate a terzi ci si presenta in molti altri casi, in cui pure, naturalmente, si dovrebbe escludere che sussista contratto di lavoro tra il lavoratore e il terzo, se la mercede non è pagata da quest'ultimo: qui la funzione del terzo di semplice accipiente della prestazione di lavoro è evidente: così il contratto di lavoro sussiste tra lo spettatore e l'impresario, non tra lo spettatore e gli artisti del palcoscenico, o il conferenziere e via dicendo. Ma il dubbio nasce se, a differenza che nel caso del cameriere, cui non è dovuta dal cliente una vera mercede, e tanto più, nel caso dello spettatore, che nulla dà direttamente all'artista, una vera e propria mercede sia pagata dai terzi. Così l'ufficiale giudiziario è pubblico ufficiale, in un determinato rapporto collo Stato, che gli affida certe mansioni autoritative; ma la mercede per l'opera sua gli è dovuta dal privato che a lui si rivolge perchè notifichi la sentenza, o intimi lo soggio, o eseguisca il pignoramento e via dicendo.

Questo caso abbiamo già brevemente ricordato ²⁾: sappiamo che lo Stato attribuisce in certi casi un minimo di mercede agli ufficiali giudiziari rispetto a cui i proventi ricavati dai terzi non sono che un di più che conferisce alla complessa retribuzione il carattere di mercede a cottimo. Ma il dubbio rinasce quando quel minimo manchi, perchè questi proventi superano il limite fissato per legge. E nelle

¹⁾ Questa consuetudine è stata ritenuta lecita e obbligatoria, Trib. di pace di Parigi, 11 sett. 1908, in *Contr. di lav.*, 1908, 306: il quale ammise che ogni garzone che assume servizio senza stipulazioni particolari deve rispettare questa consuetudine come la avesse accettata esplicitamente. Se manca, si deve invece ritenere, in mancanza di patto speciale, il diritto a un compenso, tenuto conto anche delle mance cui ha ad ogni modo diritto. Cfr. in questo senso *Prob. alim.*, Milano, 7 febr. 1889, nel *Massimario* del REDENTI, n. 367.

²⁾ Se i proventi non raggiungono la somma di L. 1500, lo Stato attribuisce L. 375 ad ogni ufficiale giudiziario di Pretura (legge 19 marzo 1911). Cfr. sopra, p. 130.

stesse condizioni si trovano gli impiegati addetti all'Archivio notarile ¹⁾. Un esame superficiale sembra condurre a ciò, che in ambo i casi il privato che richiede l'opera dell'ufficiale giudiziario o dell'impiegato dell'Archivio non faccia che richiedere l'intervento accertativo, esecutivo, ecc. dello Stato, che delega queste funzioni ai suoi impiegati: il rapporto sarebbe quindi tra il privato e l'impiegato, e oltracciò tra l'impiegato e lo Stato; l'uno si integrerebbe con l'altro, l'uno presupporrebbe l'altro. In realtà, però, ciò non è vero per la funzione puramente accertativa dell'ufficiale giudiziario (in quanto cioè non sia organo esecutivo): qui è per l'ufficiale giudiziario ciò che per il notaio. Chi ricorre all'uscire per un sequestro non fa che ricorrere al potere coattivo ed esecutivo dello Stato. Chi invece a lui ricorre per un protesto cambiario assolutamente non fa intervenire lo Stato, che si limita a imprimere all'ufficiale giudiziario, così come sul notaio, la qualità di pubblico ufficiale ²⁾ atta a far pubblica fede degli atti che riceve o che compie. Ora in quest'ultimo caso la situazione non presenta difficoltà, dal punto di vista del contratto; che invece ne presenta quando l'ufficiale giudiziario interviene con potestà autoritativa delegatagli dallo Stato, cioè in rappresentanza (o come organo) del potere pubblico. Qui è a ritenere che tra il privato e l'ufficiale non corra alcun rapporto contrattuale, così come non corre tra il privato e qualunque altro organo dello Stato; in tal caso, almeno in apparenza, se manca il sussidio dello Stato sopra ricordato, e il compenso è solo quello pagato dai privati, si verifica la precisa situazione che per il cameriere pagato colle mancie degli avventori: con questa sola differenza che il compenso, a differenza della mancia, è obbligatorio ³⁾. Vedremo poi come questa differenza sia sostanziale.

¹⁾ Cfr. art. 105 legge notarile.

²⁾ Su ciò ritorneremo ancora, a proposito dell'obbligo a stipulare contratti di lavoro. Intanto ci si palesa subito come eccessiva l'affermazione della Cass. di Palermo, 5 nov. 1910, *Foro it.*, 1911 I, 237 « che anche l'opera dell'ufficiale giudiziario è tra i servizi dipendenti dallo Stato ». In realtà nessuno, ad es., vorrà considerare la funzione accertatrice del notaio come funzione statuale, checchè sia stato asserito dal JOSEPH nei *Jahrbücher* di JHERING, 63.^o (1913), p. 214. « Pubblico ufficiale » non è necessariamente « funzionario dello Stato ». La conseguenza pratica di questa discussione sta nel determinare, ad es., la natura della responsabilità dell'organo dello Stato verso il terzo che sia stato da lui danneggiato. Il *Reichsgericht* tende ad applicare in proposito il § 839, C. civ. ted., non il § 611; esclude cioè (se si tratta di esecuzione coattiva; cioè se l'ufficiale giudiziario è veramente organo dello Stato) un rapporto contrattuale tra ufficiale e privato.

³⁾ È pure da escludere assolutamente che intervenga un rapporto contrattuale tra lo studente universitario e il libero docente: del resto non solo questo non ha alcun obbligo di insegnare, nè verso lo Stato (come l'ha l'insegnante ufficiale), nè, tanto meno, verso lo studente iscritto, ma il compenso da quest'ultimo versato non è versato direttamente al docente, ma allo Stato. Cfr. in senso parzialmente differente (dati i diversi ordinamenti universitari) JOSEPH, cit., p. 235 sg., 239.

162. Tutto ciò quanto ai rapporti tra il lavoratore e il terzo. Tornando ora al punto da cui abbiamo preso le mosse, cioè al rapporto tra il lavoratore e le persone da cui questo ha avuto l'incarico, la conclusione, che a tutta prima sembra imporsi, della gratuità è stata autorevolmente contraddetta dal Lotmar, secondo il quale una mercede vi è pure nei rapporti tra queste persone; cioè non già in denaro, ma come « occasione di guadagno » ¹⁾; il proprietario del ristorante, cioè, dovrebbe al cameriere l'occasione di guadagnar mancie. Sarebbe la retribuzione dovuta pel lavoro dato dal cameriere, il quale verrebbe poi a percepire effettivamente la mercede in forma di mancia; questa sarebbe la realizzazione dell'occasione di guadagno. È da notarsi a questo proposito che il pagamento effettivo della mercede per parte del terzo non è nè promesso dal trattore, nè dal trattore accollato ai suoi clienti. È un fatto spontaneo dei consumatori, compiuto in nome e per conto proprio. Infatti, è vero che tra il consumatore e il proprietario del ristorante o dell'albergo si stipula un contratto (sulla cui natura non è questo il luogo di discorrere, ma che può essere benissimo, specialmente se non vi è alloggio, una forma di contratto di lavoro, in quanto i cibi non siano pronti); ma è difficile pensare che clausola implicita di questo contratto, voluta dagli usi locali, sia il pagamento della mercede ai camerieri, pagamento che sarebbe allora fatto per conto del proprietario. Ciò perchè il pagamento delle mancie, ripetiamo, è affatto volontario, e non l'adempimento di un obbligo.

Ciò premesso io non esito a pensare che la costruzione del Lotmar sia oltremodo artificiosa, poco rispondente alla realtà delle cose. Evidentemente il Lotmar è dominato dall'idea preconcepita che il rapporto contrattuale tra cameriere e trattore sia a titolo oneroso, che il cameriere non lavora gratuitamente, che quindi il pagamento delle mancie va assolutamente posto in relazione, e riconnesso col rapporto contrattuale tra trattore e cameriere. Ora, escluso che il trattore abbia accollato a carico del consumatore l'obbligo della mancia come compenso al cameriere a nome o per conto del trattore, escluso che il consumatore si preoccupi comunque del rapporto contrattuale che intercede tra il cameriere e il proprietario del ristorante, ammesso che agli occhi suoi il pagamento della mancia non rappresenta se non la remunerazione spontanea, volontaria ²⁾ che il cliente fa per conto suo e in suo

¹⁾ *Arbeitsvertrag*, I p. 698 sg.

²⁾ Il LOTMAR ritiene che questa mancanza di un accordo quanto alle mancie col trattore non deve illudere sino a negare alla mancia la connessione col contratto di lavoro tra il cameriere e il proprietario, op. cit., pag. 704. Ma è appunto la mancanza di un accordo che spiega questo distacco. Ripeto inoltre che la volontarietà esclude anche l'accollo a mezzo di usi locali: un accollo di mercede rimessa al beneplacito dell'avventore, non è più accollo di mercede, che dovrebbe essere obbligatoria.

nome del servizio bene o male prestato dal cameriere, la conseguenza logica è che l'unico modo di riconnettere la mancia al contratto che vincola cameriere e trattore sia il concepirla come realizzazione di una mercede promessa dal trattore, sotto forma di semplice « occasione di guadagno » ¹⁾.

Dopo ciò, questa conclusione appare come una conclusione forzata, come una tavola di salvezza, come l'unico modo di salvare l'onerosità vagamente intuita del contratto tra cameriere e trattore. Ma se ci provassimo a prescindere un po' da questo impressionismo, che non concorda se non in parte colla realtà? Certo, il cameriere non lavora gratuitamente, in omaggio a idealità di altruismo sentimentale o.... gastronomico; ci mancherebbe altro! Lavora per vivere, cioè per guadagnarsi di che vivere. Ma non è al suo principale che richiede la mercede; e il principale normalmente non se ne preoccupa, se non limitatamente, come di un fatto intervenuto tra terzi, a cui egli è estraneo, ma che tuttavia può e deve, in certi casi, richiamare la sua attenzione, essendo troppo intimamente riconnesso all'esercizio della sua azienda. Il cameriere nulla pretende dal principale, perchè sa che la remunerazione l'avrà da altri più direttamente: cioè dagli utenti del suo lavoro. In fondo, intendiamoci, se vi fosse (e vi è tuttora in certe aziende) il sistema del salario direttamente pagato dal proprietario dell'azienda, l'onere di questo pagamento ricadrebbe per sempre sul consumatore: il conto a lui presentato sarebbe più caro. Invece il proprietario può rinunciare ²⁾ a esigere dal suo cliente il pagamento del servizio, per non gravare il conto e per rimettere all'arbitrio e al senno del cliente la remunerazione proporzionale ai meriti effettivi del cameriere, alla qualità del suo servizio. La conseguenza è che il proprietario si disinteressa della mercede; di questa non ha l'onere: l'onere della mercede non risulta, dal contratto, a carico del proprietario, e neppure è da questi obbligatoriamente accollata al consumatore, così che questi abbia a sostituire e rappresentare il proprietario nel pagamento di una vera mercede. Come s'è visto, tanto basta per ritenere che manchi l'onerosità tipica del contratto di lavoro ³⁾.

¹⁾ Cfr. specialmente il LOTMAR, op. cit., a p. 700.

²⁾ Questa rinuncia a ciò che poi il padrone è destinato a non conservare non costituisce un onere, che conferisca al padrone la qualità di contraente gravato dall'onere della mercede. Non lo è appunto perchè non vi è nessuna rinuncia onerosa: anzi, caso mai, è un sistema utile anche al proprietario dell'azienda, che può limitare l'importo dei suoi crediti verso i clienti.

³⁾ Non si può invece applicare questa conclusione all'ufficiale giudiziario che agisce come organo di esecuzione, cioè come impiegato dello Stato; non si può perciò concludere che mentre l'indennità supplementare pagatagli dallo Stato nel caso che sopra (p. 427) s'è visto sia veramente stipendio o mercede, non lo sono invece i proventi ricavati direttamente dai terzi, che quindi rappresenterebbero bensì una

È dunque un contratto a titolo gratuito, quello che in tale ipotesi lega il cameriere e trattore? E perchè no? Non allarmiamoci per la parola, come se si trattasse di una donazione, di una generosa liberalità del cameriere! Ma niente affatto. Contratto a titolo gratuito non è se non quello in cui l'impulso egoistico, l'interesse personale propulsivo di una promessa o dell'assunzione contrattuale di un onere non si rivela nel contratto sotto forma di un equivalente onere assunto dall'altra parte. Ma questo è tutto: già a proposito del mandato abbiamo visto che in tutto ciò vi è una certa rigidità¹⁾. La ragione di quella mancanza può essere varia: può essere un vero impulso altruistico; e la cosa non sarà molto frequente. Più spesso sarà un interesse del donante o del mandante, ma che non si rivela nel contratto, gli è estraneo; pur potendo essere perfettamente noto all'altra parte. È quello che avviene nel caso del mecenate e dell'artista che noi or ora esamineremo. Ed è quanto accade qui.

Intendiamoci: quando diciamo che questo interesse egoistico è estraneo al contratto, intendiamo dire che non si attua mediante il contratto. Ma niente esclude che, salvo ciò, qualcosa di quell'interesse non abbia a penetrare nel contratto stesso. E i modi e i casi possono essere vari. Limitandoci qui al nostro caso che stiamo esaminando si deve riconoscere che se il proprietario del ristorante è estraneo al pagamento della mercede, lo è solo in quanto questo onere non grava su di lui, nè egli ne ha dato l'incarico ad altri. Tanto basta per ritenere che la riscossione della mercede non è protetta e attuata mediante il contratto col cameriere. Ma d'altra parte il proprietario sa benissimo che il cameriere non lavora gratuitamente se non nei rapporti strettamente con lui, cioè in una direzione isolata artificialmente mercè il contratto, che non rivela tutt'intera la situazione economica, ma ne proietta solo una parte; è il destino dell'indagine giuridica, di fronte

retribuzione in senso lato (come è della mancia pel cameriere), ma non già una mercede, cioè una retribuzione contrattuale, che come tale dovrebbe essere pagata dallo Stato. Questa tesi non sarebbe ammissibile per la semplice ragione che l'ufficiale ha diritto al compenso verso il privato; lo Stato rimette all'utente del servizio dell'ufficiale giudiziario il pagamento diretto, anzichè per il tramite dello Stato; l'utente sostituisce e, in certo modo, rappresenta lo Stato nel pagamento dei diritti dovuti all'ufficiale giudiziario. E lo Stato se ne disinteressa tanto poco che colla legge 21 dicembre 1901 ha disciplinato la tariffa di quel compenso. Si può perciò pienamente dire, come fa la Cass. Palermo, 5 nov. 1915, *Foro*, 1911, I, 237, che « non è escluso il pagamento fatto dallo Stato in modo indiretto a mezzo del privato, il quale dell'opera del funzionario dello Stato prestata per una funzione dello Stato si è avvalso ». Noto che perciò quei proventi sono colpiti dalla legge 2 luglio 1903, n. 335 sull'impignorabilità e inesquestrabilità. In questo senso è tutta la giurisprudenza.

¹⁾ Cfr. sopra, p. 299.

alla più larga e sintetica indagine economica ¹⁾. E non solo: ma è obbligato a non impedire il conseguimento per altra via della remunerazione per parte del cameriere: è quanto non mi pare d'aver visto accennato nell'opera del Lotmar. Il trattore non potrà disporre, ad es., il lavoro in modo da produrre un'alterazione nella distribuzione delle mancie; potrà incaricare della riscossione dei pagamenti (in occasione dei quali si pagano le mancie) solo uno dei camerieri, ma non può opporsi a che le mancie siano poi distribuite tra i camerieri, a loro criterio. Non credo neppure che possa ingerirsi circa questo modo di distribuzione, che è estraneo al suo rapporto contrattuale, come in genere ciò che riguarda la mercede ²⁾. Ma tutto ciò non vuol dire che sia obbligato alla mercede: è obbligato a non impedire l'attuazione dello scopo interessato che anima l'adesione del cameriere al contratto. Se mai è tanto che basta per sfrondare il contratto da ogni apparenza di liberalità: ma non perciò il contratto assume carattere oneroso. È probabile che il cameriere non consideri questo obbligo di astensione come equivalente per sé solo al suo lavoro. Esso non è che un mezzo con cui il contratto può concorrere all'attuazione di uno scopo che al contratto è sostanzialmente estraneo.

E in altri modi ancora appare l'ingerenza del principale a tale proposito. Così talora esso pattuisce coi camerieri che questi debbano versargli una parte delle mancie: quantitativamente o quotitativamente determinata (come percentuale). Con ciò, scrive il Lotmar ³⁾, è diminuito il rendimento dell'« occasione di guadagno ». Secondo un primo modo di vedere, più semplicemente, il principale può pensare che il ricavo delle mancie debba in parte essere considerato come un'appendice di quanto è pagato dal consumatore, e la sottrae perciò al personale di servizio incaricato per quella parte della riscossione. Nessuna garanzia, ad ogni modo, di minor mercede in natura, perchè il trattore non garantisce nulla: permette che il cameriere si paghi colle mancie, o con una parte di esse, e niente di più: la quantità effettiva di esse è un rischio del cameriere.

¹⁾ Su ciò cfr. appresso, laddove discorreremo del concetto economico di lavoro, n. 169. Ne abbiamo già avuta una prova a proposito della teoria proposta dallo CHATELAIN, e seguita da molti economisti, circa la natura giuridica del contratto di lavoro.

²⁾ Che, dunque, il proprietario stesso disciplini questa redistribuzione interna delle mancie può essere: ma ciò vuol dire che i camerieri si rimettono a lui, in cosa che concerne solamente essi. E l'agevolare la messa in comune delle mancie percepite con lo stabilire una cassa speciale, non è tal forma di ingerimento che provi, come crede il LOTMAR, cit., I, p. 705, la sussunzione di quanto concerne le mancie nell'orbita del contratto che esso ha con il personale di servizio.

³⁾ Op. cit., p. 706.

Tuttavia credo più rispondente al vero un altro modo di considerare questa ipotesi, in cui una parte delle mancie va a favore del proprietario dell'azienda (si tratta per lo più di grosse aziende, in cui le mancie sono di solito laute): e sarebbe una ricostruzione in cui veramente, e legittimamente, viene a galla l'« occasione di guadagno »: la parte dovuta al proprietario non sarebbe che il compenso a lui dovuto per aver concesso al cameriere un posto lucroso, che gli offre un'ottima prospettiva o occasione di guadagno. Qui sì l'occasione appare nella sua vera luce, ma non più in relazione al lavoro prestato, ma al compenso pagato al proprietario, il che è molto diverso. Un tal qual rapporto di equivalenza vi è tra questo compenso e quell'occasione, mentre manca tra quell'occasione e il lavoro prestato. L'occasione, come possibilità di guadagno, è per sé sola un vantaggio che, nella concorrenza tra gli aspiranti a quel posto, vale la pena di essere compensato con un equivalente sacrificio. L'equivalente ¹⁾ è qui commisurato in base, si noti, all'occasione come semplice possibilità di guadagno, non come guadagno, tant'è vero che la parte pagata al principale è assai minore in confronto al totale complessivo delle mancie. Questa, e questa solo è la rilevanza giuridica dell'occasione di guadagno. Ponetela in relazione al lavoro prestato, e non avrete più l'equivalenza: non di una possibilità di guadagno (per sé calcolata in cifra più bassa, come si è visto ora), ma del guadagno effettivo si preoccupa il lavoratore della mensa; è solo l'importare effettivo delle mancie intascate che egli considera come equivalente.

Il che prova ancora che questa pretesa forma di mercede in natura, che dovrebbe essere l'« occasione di guadagno », non ha affatto il carattere di mercede. Una mercede, poi, scomposta in due fasi, secondo le quali il cameriere la può vantare di fronte al proprietario da cui dipende, e di fronte al cliente che egli ha servito: non è questo uno sdoppiamento cui, malgrado la sottile tecnica del Lotmar, si possa imputare l'artificiosità nemica del vero? ²⁾.

163. Tutto ciò presuppone, s'intende, l'ipotesi che nulla debba il proprietario di un'azienda di ristorazione, di bagni, talora anche di profumeria (servizi di parrucchiere) al personale da esso dipendente. Talora, dove la possibilità di mancie è limitata, occorre il pagamento

¹⁾ Il LOTMAR, cit., p. 706, nega qui vi sia un equivalente. Bisogna a questo proposito notare che la natura di questo accordo non è ad ogni modo quella di una locazione di cosa, che si unisca al contratto di prestazione d'opera. È questo un concetto abbastanza diffuso, ma erroneo, poichè l'occasione di guadagno non è nel caso nostro oggetto di locazione.

²⁾ Anche il ROSIN, *Arbeiterversicherung*, I, 193, trova che considerare quest'occasione come forma di mercede in natura è « una deduzione eminentemente artificiosa ». Il LOTMAR non si è difeso, a mio avviso, in modo esauriente.

di una tenue mercede supplementare, che da sè sola non avrebbe determinato il lavorante ad assumere l'impiego ¹⁾).

È una situazione di cui ci siamo occupati già sopra ²⁾, ed è una situazione molto comune. Qui l'assegnamento che il creditore del lavoro fa sulle mancie può influire notevolmente sulla determinazione dell'ammontare della mercede; è un fatto che anche il Tribunale di Roma, in una sentenza già citata altra volta ³⁾, ha dovuto constatare.

Il fatto nuovo (in confronto alla situazione già sopra esaminata) qui è questo: che la presupposizione delle mancie non è più, come allora, un fatto esclusivo del lavoratore, ma comune a tutti e due. Nella situazione contrattuale rientra il riconoscimento della non equivalenza della mercede fissata al lavoro promesso, e la necessità di una integrazione di questa mercede. Appunto perciò, come abbiamo visto, in un caso siffatto il Tribunale di Roma ⁴⁾ ha ritenuto (secondo me ha torto) che le mancie facessero parte della mercede. E notiamo che qui ci siamo riferiti alle mancie, ma in realtà il problema è più generale: può avere influito, anzichè la possibilità delle mancie, quella di altri guadagni o compensi dell'attività di lavoro prestata dal lavoratore per altri ad occasione di questo incarico, non in adempimento di incarichi avuti dal creditore del lavoro ⁵⁾).

Rimane a vedere qual'è l'effetto della sussunzione nel contratto dell'integrazione della mercede per opera degli altri guadagni eventuali. L'impressione prima è che il contratto di lavoro esista sulla base della mercede stipulata. Ma che qui a costituir l'onerosità concorra la presupposizione soggettiva di integrazione della mercede con i cespiti esterni di guadagno, e ciò a differenza dal caso precedente. Siccome poi nel caso che qui esaminiamo questa presupposizione è bilaterale, come bilaterale è il fenomeno della onerosità che poggia su due apprezzamenti soggettivi, così il contratto sarebbe valido: perchè le parti hanno ritenuto che il tasso convenuto per la mercede rappresenti un minimo di certezza che permette al contratto di vivere, non già un minimo per l'equivalenza, come nel caso precedente.

Tutto questo sta bene: il contratto vive; ma vive come contratto di lavoro? Se manca l'equivalenza (come più avanti vedremo) il contratto di lavoro, come noi l'intendiamo, indubbiamente vien meno. È un contratto a titolo gratuito, o meglio prevalentemente gratuito. Poichè qui

¹⁾ Cfr. il caso cit. sopra, dei *Prob. alim.* di Milano.

²⁾ Cfr. sopra, p. 115 sg.

³⁾ Cfr. sopra, p. 124.

⁴⁾ 23 dic. 1910, in *Contr. di lav.*, 1912, 49.

⁵⁾ In quest'ultimo caso, come si capisce, questi altri proventi del lavoro non potranno aggiungersi alla mercede stipulata col creditore del lavoro per la formazione del salario-base, non essendo la remunerazione del lavoro promesso a questo creditore.

(ed è ciò che più importa) la mercede assegnata non rappresenta da sè sola l'equivalente del lavoro. Il medesimo ragionamento che ci ha condotto a ritenere gratuito il contratto che esonera il proprietario dal pagamento di mercede, giustifica la prevalente gratuità laddove la mercede pagata debba essere integrata dalle mancie (come s'è a suo luogo dimostrato). Questi compensi volontariamente pagati dai terzi non rientrano nel concetto giuridico di « mercede » o « salario ». Potranno essere considerati come elementi del concetto più vasto di remunerazione, qualunque sia la sua fonte, purchè implichi il collegamento con quel nesso causale che abbiamo visto del compenso al lavoro prestato dietro incarico del creditore del lavoro: di questi compensi quindi si potrà tener conto per la formazione del salario base dal punto di vista dell'indennità da pagarsi per gli infortuni sul lavoro. Ma contro l'inclusione di quelle mancie, ecc., nel « salario » in senso stretto stanno le medesime ragioni desunte dalla volontarietà del compenso. Qui però, come s'è visto, le mancie non sono completamente estranee alla posizione giuridica creata dal contratto, al quale sono collegate dal nesso della presupposizione, e, quel ch'è più, di una presupposizione bilaterale, la quale fa sì che il reciproco apprezzamento della onerosità ¹⁾ abbracci anche quei compensi eventuali e volontari: ma ciò non influisce per nulla sul fatto che, non essendo oggetto di obbligazione (sia pure a carico di terzi, d'accordo col creditore del lavoro), non sono, secondo una teoria, che puri doni remuneratori. Anche qui il Lotmar ammette ²⁾ un contratto di lavoro, facendo ricorso nel limite delle mancie alla « occasione di guadagno », qui supplementare; ma in contrario basterà quanto sopra s'è esposto.

164. Rispetto a tutte e due queste ipotesi, sia di remunerazione integrale come supplementare mediante le mancie liberamente elargite dai terzi, utenti del servizio, sorge una questione già altra volta accennata ³⁾: quale influenza potrà avere sul contratto (non di lavoro perchè non a titolo oneroso) la mancanza, o la deficienza di questa forma di remunerazione del lavoro. Certo, se non vi è contratto di lavoro retribuito, ciò non toglie che il lavoratore miri a una equivalenza, a una remunerazione del lavoro. Si attua allora una situazione per qualche lato affine a quella creata, nei contratti a titolo oneroso, dall'evizione e dai vizi redibitori che producono uno squilibrio nell'equivalenza dei sacrifici a cui si espongono le due parti, o meglio dalla sopravvenienza di fatti che alterano questa equivalenza, modifi-

¹⁾ Alludo qui all'onerosità in un senso lato e improprio: come equivalenza non contrattuale. Il padrone sa che il cameriere non si sarebbe adattato a lavorare per la mercede che gli paga, e che per lui l'equivalenza col lavoro è onerosità in senso improprio, perchè non è contrattualmente assistita.

²⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 183.

³⁾ Cfr. sopra, p. 124.

candola in confronto a quella che le parti intendevano assicurarsi col contratto ¹⁾. E anche qui vi ha una reazione contro il contratto, in nome del rotto equilibrio, o, meglio, per non essersi attuato quell'equilibrio, tutelato dal contratto solo in virtù della presupposizione, che riconnette alla situazione contrattuale elementi che per sè vivono al di fuori di essa; cioè l'equilibrio che le parti speravano, e al quale solamente il lavoratore aveva subordinato, in realtà, il suo consenso, senza farne una vera e propria condizione: è dunque il più tipico tra i casi di presupposizione.

Comunque, anche in tal caso, ripeto, le mancie, pur costituendo colla mercede pattuita l'equivalente del lavoro, restano pur sempre estranee alla mercede contrattuale ²⁾, perchè non sono dovute in base al « contratto », a cui sono ricollegate solo mediante il nesso della presupposizione. Anche nella prima ipotesi non è detto che la remunerazione cui il lavoratore aspira e che consiste esclusivamente nelle mancie sia al contratto completamente estranea. Il proprietario della azienda sa perfettamente che il cameriere ha assunto il servizio esclusivamente per pagarsi colle mancie, e se il contratto fosse a termine piuttosto lungo (ciò che in pratica non si verifica mai pel personale addetto ai ristoranti e agli alberghi), la presupposizione reagirebbe sullo stesso contratto, a' termini dell'equità (art. 1124).

A questo punto vediamo di riassumere le conseguenze pratiche a cui il nostro ragionamento ci può condurre, a proposito di questo tipo così singolare di contratto di lavoro.

a) Anzitutto, noi, per maggior chiarezza, abbiamo sempre avuto sott'occhio il caso del personale d'albergo o di ristorante, che è l'ipotesi più comune, e più evidente. Ma non è questa solamente l'applicazione di questo tipo di contratto di lavoro. Dovunque il lavoratore debba dare l'opera sua a terzi, senza entrare in rapporti contrattuali con questi ultimi, vi ha la possibilità che il compenso sia pagato direttamente dal destinatario del lavoro, e inoltre spontaneamente, per conto e in nome suo, non a ciò obbligato dal suo rapporto contrattuale con il capo dell'azienda a cui il lavoratore appartiene.

b) Questo contratto, anche se il creditore del lavoro paga una mercede, che però da sè sola non avrebbe indotto il lavoratore ad assumersi la prestazione, non è un contratto di lavoro nel senso da noi attribuito a questo tipo locativo: lavoro retribuito, e contratto a titolo oneroso ³⁾.

¹⁾ BARASSI, *Istituzioni di dir. civile*, p. 385 sg., 356 sg.

²⁾ Come osserva HUBERT-VALLEROUX, *Contrat de travail*, p. 192, esse costituiscono un supplemento del salario, di cui si deve tener conto per determinare la remunerazione effettiva. Un supplemento, non una parte del salario.

³⁾ Nessun dubbio dunque sulla perfetta liceità di un contratto di questo genere,

c) Tuttavia, se è contratto a titolo gratuito, nel senso che il pagamento della retribuzione non rientra negli elementi tipici del contratto, e non è tutelato dall'azione contrattuale, ciò non toglie che il lavoro è prestato unicamente per ritrarne un guadagno nei modi a cui la stessa situazione di fatto cui si riferisce la prestazione di lavoro porge occasione. Questo intento lucrativo del lavoratore non è interamente estraneo al contratto. Infatti:

α) Il creditore del lavoro non deve ostacolare l'attuazione di questo intento ¹⁾. Tutto sta, naturalmente, a trovare quel limite che concilia le ragioni del lavoratore con quelle del proprietario della azienda: perchè non si deve ammettere che quelle ragioni abbiano a premere tirannicamente su quest'ultimo, impedendogli quegli atti che siano di evidente utilità alla sua azienda, senza pregiudicare sensibilmente l'aspettativa del lavoratore: è, in fondo, un'esigenza dell'art. 1124, che appunto questa aspettativa tutela e disciplina;

β) Se questo intento si attua in modo così insufficiente da esser ritenuto ragionevole, al lume dell'equità, una reazione sul contratto, il contratto di lavoro ne risente;

γ) Infine questa onerosità, dirò così, extra-contrattuale, fa sì che, essendovi qui lavoro retribuito, la legge sugli infortuni sul lavoro, e in genere le leggi protettive del lavoro riguardino anche questo tipo di contratto.

165. Veniamo ora all'argomento: se coll'onerosità sia compatibile il fatto che destinatario dell'utilità data da una prestazione sia persona diversa dall'altro contraente: un estraneo alla stipulazione del contratto. Del problema già ci siamo occupati sopra in generale, quando abbiamo esaminato il concetto di utilità del lavoro: e abbiamo visto che destinatario di essa può essere un terzo, nei casi in cui ci si presenti la figura del contratto a favore di un terzo, cioè, a' termini del nostro sistema legislativo, quando alla prestazione sia cointeressato anche il creditore del lavoro ²⁾. Qui ce ne occupiamo, molto succintamente, in relazione al problema più generale dell'onerosità del contratto.

sulla obbligatorietà di questa sua struttura, creata dalle consuetudini. Ogni lavorante che assume servizio senza particolari stipulazioni è senz'altro obbligato (articoli 1124, 1135) a rispettare questo particolare contenuto del contratto. Così il già citato Trib. di pace di Parigi, 11 settembre 1908, *Contr. di lavoro*, 1908, 306.

¹⁾ Questo è stato riconosciuto più volte dai probiviri. Così (sez. alim., 15 giugno 1905, *Massim.* del REDENTI, n. 370) fu ritenuto che un operaio panattiere pel compenso del quale si fa calcolo sul provento delle mance, può giustamente ritenere modificate a suo danno le condizioni del contratto di lavoro se viene assunto altro personale provvisorio proprio quando il provento delle mance sarebbe stato maggiore.

²⁾ Cfr. sopra, p. 58 sg.

Premetto che per l'art. 1101 l'onerosità presuppone che ogni contraente miri a conseguire mediante l'accordo contrattuale un vantaggio per sè. Letteralmente considerata questa definizione ci dovrebbe suggerire la risposta negativa alla domanda: se il vantaggio possa essere per terzi. E infatti l'art. 1128 ammette che il vantaggio possa essere per un terzo quando « ciò formi condizione di una stipulazione che fa per sè stesso » lo stipulante (escludo qui il caso di donazione, di cui non mi occupo). Ma il caso di stipulazione a favore di terzo non ci preoccupa: se ne è già trattato. In tal caso la difficoltà è assai minore, perciò che tra la prestazione al terzo e il contratto vi è una diretta, un'immediata connessione: tanto che, come abbiamo visto, il Manenti potè ritenere che il terzo, accettando la offerta prestazione, aderisca al contratto diventandone un soggetto, partecipando alla sua formazione (che sarebbe formazione successiva).

Più arduo — almeno in apparenza — è il caso in cui non vi sia contratto a favore di terzo, e neppure rappresentanza (il destinatario sia rappresentante di uno dei contraenti), eppure la prestazione (di lavoro o della mercede) sia destinata a terzi. La cosa può darsi nel modo che poco sopra abbiamo accennato, citando l'esempio del mecenate che destina l'opera di un artista a favore di un Comune, ma restando nell'ombra, e facendo sì che la prestazione promessa dall'artista al Comune consegua da un contratto autonomo (almeno in apparenza) col Comune stesso. Vi ha contratto di lavoro nei rapporti tra il committente e l'artista? Io non lo credo. Prima di tutto vige anche qui l'ostacolo fondamentale dato da ciò che nel nostro diritto il concetto di « corrispettivo » ha portata soggettiva. Mentre pel diritto tedesco l'Oertmann può sostenere che l'onerosità sia fenomeno oggettivo in questo senso che a una prestazione stia di contro una controprestazione, oggettivamente, indipendentemente dalle persone a cui favore sono destinate l'una e l'altra¹⁾, nel nostro diritto invece vi ha onerosità solo quando il vantaggio delle due prestazioni sia destinato agli stessi contraenti: lo esprime in modo indubbio, come s'è visto, l'art. 1101, confermato dall'art. 1128 (che qui non cade in applicazione, perchè, ripeto, non si tratta di contratto a favore di terzo²⁾). Si potranno sollevare obiezioni contro questa più ristretta concezione dell'onerosità: ma insomma la legge è quella che è. E, si avverta, non si può neppur girarla col sostituire all'interesse economico l'interesse morale, filantropico, artistico, ecc. Indubbiamente anche questo interesse è rispettabile, e la legge ne permette la tutela con ciò che il creditore si assicuri, a sua attuazione, una data prestazione dal de-

¹⁾ Op. cit., p. 70.

²⁾ Questa è del resto l'opinione accolta dal COSACK, *Anfechtungsrecht*, p. 138, e del HAYMANN, negli *Jahrbücher* di JHERING, LVI, p. 98 pel diritto tedesco.

bitore. Ma questa prestazione che deve avere contenuto economico (per l'obbligazione patrimoniale) deve essere destinata appunto al creditore; può essere interamente destinata a un terzo, ma allora la legge esige che sia condizione di una donazione che lo stipulante fa al promittente (art. 1128): è solo in tal caso che un interesse puramente affettivo, filantropico, artistico dello stipulante è preso in considerazione dal diritto ¹⁾. Di diverso avviso parrebbe, almeno a prima vista, l'Ascoli ²⁾, il quale ammette che se il donante ha un interesse morale proprio all'adempimento dell'onere per parte del donatario, cosicchè l'onere sia apprezzabile come il corrispettivo della donazione « impropriamente si parlerebbe di donazione; il negozio sarebbe a titolo oneroso ». Dunque basterebbe un interesse morale del donante perchè l'onere assunto dall'altra parte abbia a dare al contratto carattere di onerosità. E questa affermazione porterebbe a credere che il vantaggio patrimoniale dell'onere assunto da uno dei contraenti possa non essere per l'altro contraente, il quale non vi avrebbe che un interesse puramente morale, sufficiente a imprimere carattere oneroso al contratto. Questo tuttavia io non credo di poter ammettere, e aderisco pienamente alla critica che anche lo Scuto ³⁾ ne ha fatto. Se lo scopo della donazione è l'onere nell'interesse del donatario « non abbiamo affatto quell'antagonismo di interessi che c'è o c'è stato in un contratto a titolo oneroso, perchè chi dà lungi dall'avvantaggiare sè stesso a scapito dall'altro contraente, intende sempre beneficiare questo ultimo ». E da questo punto di vista l'onere può anche assorbire tutto il beneficio patrimoniale della donazione.

Questo che è vero se l'interessato all'onere è chi l'ha assunto, è per la medesima ragione vero se l'interessato è un terzo. Non vi è dunque contratto a titolo oneroso, ma una attribuzione patrimoniale, per conseguenza, a titolo gratuito: anzi, una donazione che è subordinata a una condizione risolutiva, o, meglio, a un modo: l'accordo col terzo destinatario della prestazione di lavoro. La stipulazione di questo accordo, e la conseguente prestazione sono attuate *condicionis implendae gratia*. Questa subordinazione naturalmente non sussiste che nei rapporti tra il donante e il lavoratore, non tra il lavoratore e il destinatario del suo lavoro. In ciò non posso seguire interamente lo Stampe ⁴⁾, secondo cui la prestazione (di dare) del donatario al terzo non è da considerare come una mediata prestazione del donante al terzo.

¹⁾ Il TARTUFARI, *Il contratto a favore di terzo*, p. 339, generalizza la tutelabilità per l'art. 1128, dell'interesse puramente di affezione dello stipulante. Sì: ma solo se si tratta di donazione.

²⁾ *Trattato delle donazioni*, p. 298.

³⁾ *Il modus*, ecc., p. 177.

⁴⁾ *Das causa-problem*, p. 40.

Vi hanno dunque i due elementi della onerosità (due oneri, due vantaggi), collegati dalla subordinazione della condizione, ma non fusi in un'unità, perchè destinatario dell'utilità proveniente da un onere è un terzo. Si hanno due contratti a titolo gratuito, non un unico contratto a titolo oneroso ⁴⁾.

CAPO SESTO.

LA STRUTTURA GIURIDICA DEL CONTRATTO DI LAVORO.

§ 1. — *Il rapporto tra il lavoratore e il lavoro.*

SOMMARIO. — 166. Proposizione dell'argomento. — 167. L'affermazione che il lavoro è merce. — 168. Come il sentimento abbia determinato, e possa distruggere questa affermazione. — 169. L'indagine economica e l'indagine giuridica. — 170. Il lavoro si compenetra con l'uomo che lo produce, e perciò non può essere oggetto di diritto. — 170 bis. La teoria delle energie umane di lavoro come cosa. — 171. Il concetto del lavoro come merce di genere particolare. — 172. Il lavoro come elemento dello scambio: come ciò si concili colla negazione della qualità di merce al lavoro. La legge della domanda e dell'offerta. — 173. Il diritto al lavoro, non il diritto sul lavoro. Il rispetto alla personalità morale e all'integrità fisica dell'operaio. — 174. Non esiste un diritto assoluto o una signoria nè sul lavoratore, nè sul lavoro. — 175. Il possesso del lavoro. — 175 bis. Conclusione.

166. Alla domanda: quale sia la struttura giuridica del contratto di lavoro si risponde prima di tutto che si tratta di un contratto a titolo oneroso fondato sullo scambio di lavoro contro compenso.

Ora, non è questo il momento nè il luogo di svolgere tutte le conseguenze giuridiche che a questo concetto di scambio di lavoro contro mercede si riconnettono; già sopra, del resto, abbiamo esaminato il lato negativo della questione: i casi, cioè, in cui non vi è scambio, non vi è dunque un contratto di lavoro. Qui ci riserbiamo solo di accennare alla struttura giuridica, cioè a determinare il tipo di negozio a cui questo contratto di scambio appartiene. La discussione, come vedremo, non ha solo importanza teoretica, ma è feconda di pratici risultati a seconda della soluzione che le diamo.

Infatti quando si è ammesso che questo contratto appartiene al novero dei contratti a titolo oneroso non si è detto tutto. Quale tipo di contratto a titolo oneroso (a base di scambio) comprende il contratto di lavoro? Si risponde, naturalmente, che nei contratti di scambio il tipo di contratto si induce dalla prestazione che figura ivi come

⁴⁾ La conclusione nostra è diametralmente opposta a quella cui perviene l'OERTMANN, p. 75.

tipica, come fondamentale, come quella insomma che imprime al complesso rapporto la sua particolare e differenziale fisionomia. Laddove una delle prestazioni sia il compenso o prezzo, la prestazione decisiva è l'altra. Qui dunque sarebbe la promessa del lavoro.

Ed ecco come, per chiarire questo punto in ordine alla soluzione che cerchiamo, bisogna prima di tutto esaminare il rapporto giuridico che intercede tra la persona che promette il lavoro e il lavoro che essa promette. L'analisi ci condurrà probabilmente a snobbare la visione di questo rapporto, liberandola dalle incertezze in che è stata condotta per opera specialmente di scrittori non giuristi.

167. Il dubbio che ci ha condotti a questo esame è nato in noi da alcune espressioni, ormai comuni specie (ma non esclusivamente) nel campo economico, espressioni che rivelano, anzi, un concetto ben determinato. Secondo il quale la promessa del lavoro sarebbe nulla più della promessa di una cosa. E allora nasce il dubbio se proprio, ciò essendo, sia da ammettere una linea divisoria tra la vendita e il contratto di lavoro. Il lavoro è una cosa, è una merce, si suol dire per verità non dai soli economisti: i quali appunto, come vedremo, non si peritano di arrivare sino al concetto di una vendita del lavoro. Diciamo subito, a scanso di equivoci, che la questione che qui ci preoccupa riguarda specialmente, anzi esclusivamente il lavoro tecnicamente subordinato (la locazione delle opere): questo non risulta molto chiaramente negli scritti di coloro che dell'argomento si sono occupati, anzi talune espressioni generali tenderebbero a far credere il contrario. Del resto questo esclusivo riferimento al lavoro tecnicamente subordinato non si capisce: probabilmente la limitazione è derivata dal fatto che qui solamente chi dà il lavoro mette a disposizione di un'altra persona una quantità di energie di lavoro, mentre invece nella locazione di opere il lavoro è mezzo pel raggiungimento di un risultato che appare come l'oggetto della promessa, quasi a prescindere dal lavoro. E poi gli economisti non si preoccupano se non del lavoro subordinato.

Ora: in una trattazione giuridica non si può evidentemente pretendere un esame a fondo del problema se il lavoro sia una merce; ma non si può evitarlo per quel tanto che può coincidere col problema giuridico: se il lavoro sia « cosa », in senso strettamente giuridico. Infatti vedremo che i due concetti sono paralleli. Vedremo anche che nel campo giuridico il dubbio si è riacutizzato per qualche interessante affermazione in favore delle energie come cosa ¹⁾. È appunto per questo, e per l'importanza dei problemi che si riconnettono a quello del lavoro come merce, cioè ai rapporti del contratto di lavoro

¹⁾ Alludo al CARNELUTTI, in *Rivista di dir. commerc.*, 1913, I, 382 sg.

colla vendita e colla locazione che io ho creduto opportuno di insistere alquanto su questo argomento, la cui trattazione può sembrare a tutta prima — e non è — una pura esercitazione retorica ¹⁾.

Che il lavoro sia una merce è stato ormai tante volte affermato, che qui non varrebbe proprio la pena di rammentarlo. La questione non è certo di data molto recente. L'osservazione, si dice, conduce a constatare che il lavoro è qualcosa che si contratta sul mercato, che ha un valore, ed è anzi soggetto alle medesime leggi che regolano il valore delle altre merci. Questo è stato l'argomento principe ²⁾, e di cui, per verità, è difficile disconoscere almeno un'apparente corrispondenza colla realtà. Vi è uno scambio di due valori: lavoro contro mercede. Ora, se avviene uno scambio da una persona all'altra, evidentemente si tratta di una merce. Da ciò il De Molinari, come è noto, prese le mosse per quella sua non recente idea della « Borsa del lavoro » che, bene attuata, avrebbe pur potuto essere tanto utile ³⁾.

Questa concezione del lavoro come merce, che a tutta prima sembra tenere in poco conto la dignità dell'uomo lavoratore, viceversa ha trovato un terreno fertilissimo nelle aspirazioni a elevare la dignità dell'uomo lavoratore. Il Leroy-Beaulieu ⁴⁾ dice che quella teoria è assolutamente necessaria per porre in luce il fatto che il prezzo del lavoro dipende da cause più generali e precise e permanenti, perciò meno individuali, che non sia il sentimento di benevolenza del padrone per l'operaio. E il Bureau ⁵⁾ esalta la tendenza sempre più spiccata a una separazione, a una antitesi di interessi (altro che tendenza associativa!) tra padroni e operai, in base alla quale si è evoluto il concetto del contratto di lavoro, quella medesima antitesi che vi è nella vendita, in cui il venditore dispone di una cosa, di una merce sua. Non dunque un rapporto personale di signoria sulla persona del lavoratore: non è (così si dice) la persona del lavoratore che è in gioco, ma il suo lavoro, che si astraie in qualche modo dalla persona, e si considera come merce. Tanto vale il lavoro, come la macchina, come il carbone: sono mezzi esteriori oggettivi di produzione. E si citano anche degli argomenti a riprova di questo punto

¹⁾ Un passatempo innocente, come il PEROZZI ha ritenuto delle discussioni, praticamente infeconde per sè sole, se oggetto dell'obbligazione sia o no la persona del debitore. *Obbligazioni romane*, p. 15. Su ciò più avanti.

²⁾ Fare citazioni qui vuol dire citare i sette ottavi degli economisti che discussero o accennarono a questo punto (e quanti!). Ad es., LEROY-BEAULIEU, *Traité d'écon. polit.*, II, p. 255.

³⁾ *Bourses de travail*. Il DE MOLINARI pacifica perciò il lavoro agli altri valori, alle altre merci.

⁴⁾ Op. cit., p. 256.

⁵⁾ *Le contrat de travail et le rôle des syndicats*, p. 105. Cfr. del resto lo stesso BUREAU cit. sopra, p. 182, nota 2.

di vista. Anzitutto la pratica industriale quotidiana, che dimostra la completa sostituibilità del lavoro umano colle macchine o il carbone, e viceversa, a seconda delle ragioni tecniche o economiche che tale sostituzione possono esigere: la scelta deriva da ragioni che non sono umanitarie (dare pane agli operai). L'industriale insomma considera gli operai come meri istrumenti di lavoro; per esso il lavoro non è che uno dei fattori di produzione ¹⁾; esso perciò calcola nel suo bilancio la spesa della mano d'opera, così come quella del carbone, ecc. Inoltre: gli industriali studiano il sempre maggior rendimento del lavoro umano (colla divisione, specializzazione, ecc.) e delle macchine ²⁾. Infine, come osserva con espressione alquanto rude il Macleod ³⁾: « Essendo il lavoro semplice merce, vi è per esso un mercato... Vi ha un mercato del lavoro, come pel grano, o per la carne, per i volatili, pei legumi o per il pesce ». Concetto, questo del mercato del lavoro, verissimo nella sostanza, ma espresso con una formula, per verità comoda e chiara, che si riannoda alla teoria del lavoro come merce, e, a voler sottilizzare, non è affatto simpatica, benchè abbia ormai assunto una propria portata tecnica nella terminologia della statistica economica.

Notiamo che non si tratta puramente di un'espressione alquanto enfatica, avente una portata puramente contabile. La parificazione del lavoro umano agli altri fattori materiali della produzione di cui si giova l'imprenditore ha condotto a dare veste scientifica a quel processo di separazione del lavoro dall'uomo, che di quella parificazione e la logica conseguenza, o meglio il presupposto. Si è astratto il lavoro dall'uomo, concependolo come unità oggettiva a sè stante; si è inoltre sussunto questo lavoro nella concezione lata del lavoro, comprendente anche quello della materia organica soggetta alle leggi sintetizzate dalla meccanica. È la concezione del lavoro oltre l'uomo, il lavoro esteso agli organismi animali e vegetali e agli organismi sociali ⁴⁾. Il von Buch ⁵⁾ considera l'uomo come una speciale macchina termodinamica, e gli estende le regole della meccanica: ecco dunque l'uomo trasformato in una macchina fornita di una speciale quantità

¹⁾ CORNELISSEN, op. cit., p. 34.

²⁾ BUREAU, op. cit., p. 107. Così l'industriale non tollera, sia dal venditore del carbone come dall'operaio, un ingerimento per assicurarsi il pagamento del prezzo del carbone o del lavoro; l'industriale cerca di pagare meno che può il carbone o il lavoro; i prezzi di ambedue sono regolati dalle medesime leggi.

³⁾ *The principles of econ. philosophy*, II, p. 107.

⁴⁾ RABBENO, *L'evoluzione del lavoro*, p. 65. Così ad es., HUXLEY, nell'*Encycl. Britann.*, v. *Biology*, p. 684: « Gli esseri viventi sono macchine in azione ». Ciò che da un punto di vista puramente meccanico è indubbiamente vero. Ma biologicamente bisogna aggiungere che la fonte che determina l'azione a differenza che nella macchina, trattandosi dell'uomo è appunto il pensiero congiunto alla volontà.

⁵⁾ *Intensität der Arbeit*, Leipzig, passim.

di energia potenziale, di cui parte si trasforma in calore, parte in lavoro meccanico.

168. Come si capisce, in ciò vi è innegabilmente una parte di vero: le leggi biochimiche attestano questa trasformazione di energie potenziali in lavoro. Ma il torto di questa concezione sta ¹⁾ nell'aver considerato, con urtante unilateralità di veduta, il lavoro umano puramente come meccanico. Meccanico è il lavoro che può sempre essere ridotto ed espresso colla formula nota del sollevamento di un dato peso a una data altezza; e meccanico è solo questo lavoro. Ma se fino a un certo punto per qualche umilissima forma monotona e materiale di lavoro umano si potrà anche scorgere la possibilità di applicare quella formula, come è ciò possibile per il lavoro umano meno materiale, o anche materiale, ma pur sempre pervaso e dominato dalla luce dell'intelligenza? Dove prevale l'intelligenza, come è possibile adattarne il lavoro a quella formula? ²⁾ Il torto sta, dunque, in ciò: che quella formula trascura la parte grande che il concorso dell'anima e dell'intelligenza ha nella cosiddetta macchina-uomo, come se questa non producesse che lavoro materiale. Insomma si dimentica la natura speciale della fonte di questo lavoro.

È poi evidente che accogliendo questa premessa fondata sull'equiparamento dell'uomo alla macchina ³⁾, ragion vuole che si concluda coll'ammettere la possibilità di un rapporto giuridico sulla persona del lavoratore, così come sulla macchina: proprio quello che il Bureau, ad es., mirava ad escludere! E infatti debbo anche aggiungere che non può non destare una legittima meraviglia come, per esaltare la dignità del lavoratore (e chi non si propone questo scopo?), si tenda con ogni sforzo, e purtroppo colla peggior della dialettica, ad assimilare il lavoratore al carbone, a una macchina ⁴⁾. Il fatto è curioso e

¹⁾ Benissimo su ciò il LEXIS, negli *Jahrbücher* dello SCHMOLLER, 1899, p. 913.

²⁾ Il lavoro umano non è, come l'energia proveniente da una cosa, un fenomeno puramente « naturale » (cioè fisiologico o meccanico), ma è anche (e soprattutto) un fenomeno psicologico. Come osserva il FOUILLÉE, in *Revue des deux mondes*, 15 marzo 1909, p. 284, è il lavoro che, per la mentalità che lo dirige, reagisce su sè stesso. Il FOUILLÉE ne deriva che la morale pervade quel fenomeno, imponendo l'idea — forza di giustizia.

³⁾ Si è ad es. ritenuto di poter formulare una teoria del costo di produzione dell'uomo (per determinare il valore economico dell'uomo: il che può interessare per chiarire la perdita subita da un paese per l'emigrazione), lumeneggiandola alla stregua del costo di produzione dei beni materiali. In senso contrario, cioè contro questa parificazione, cfr. COLETTI, *Il costo di produzione dell'uomo*, ecc., in *Giorn. d. econom.*, XXX, fasc. di marzo, 1905 (p. 11 sg. estr.).

⁴⁾ E perchè non ci siano dei dubbi, il BUREAU esce a dire che è inconcludente il discutere se sia merce il lavoro, o il risultato del lavoro; op. cit., p. 112, nota 1. Su ciò ancora appresso. Ricorderò che è stata la dottrina fisiocratica, con ADAMO SMITH, a proclamare che il lavoro è una merce; si voleva con ciò giustificare il libero contratto di lavoro.

anche sintomatico: ma lo è anche più un evidente errore che domina l'argomentazione che quella tesi dovrebbe suffragare. Infatti si insiste nel paragonare il lavoro dell'operaio a quello delle macchine: l'uno e l'altra sarebbero entità oggettivamente autonome ¹⁾. Ma veramente si dovrebbe discorrere del lavoro della macchina: l'uomo sta al lavoro come al lavoro sta la macchina. E chi penserebbe, allora, a discorrere del lavoro della macchina senza la macchina? Come è possibile operare questa separazione?

E lo stesso è per il lavoro umano. Nella foga di una dimostrazione a tesi questi scrittori (e sono i più) hanno un po' troppo dimenticato che il lavoro dell'uomo presuppone, pare impossibile!, proprio l'uomo: che è inseparabile da lui; che la via battuta da essi era la peggiore anche dal punto di vista di una concezione del contratto di lavoro che tenga nella debita considerazione la dignità del lavoratore. Infatti a voler proprio separare il lavoro dall'uomo, e considerarlo come qualcosa di oggettivo, di autonomo, così come una macchina o il carbone (salvo sempre l'errore logico di equiparazione che sopra constatammo) c'è il pericolo di brutalizzare un po' troppo il lavoro umano ²⁾. Ed ecco come quella teoria va un pochino a ritroso, e ci ripiomba nell'oscurità dei tempi in cui dominava il lavoro servile.

No. La dignità del lavoratore esige perentoriamente che non si dissoci il lavoro dall'uomo: che nella trattazione economico-giuridica del lavoro umano si tenga un gran conto del fatto che l'uomo, anziché una macchina, è una creatura umana in carne e ossa, che chi presta il lavoro è un uomo con tutte le legittime aspirazioni e il necessario orgoglio di chi è il dominatore della natura. E se non fosse così, come si spiegherebbe l'intervento così largo, oggi sempre più largo, di una legislazione sociale del lavoro?

¹⁾ E questo è appunto il presupposto della teoria del costo di produzione dell'uomo combattuta dal COLETTI, cit. sopra: il quale, mentre ricorda l'inseparabilità del lavoro da chi lo produce (pag. 12 nota) accenna pure alla grande varietà tra individui quanto alle energie fisiche, intellettuali, morali (p. 16). Il COLETTI, però, aderisce al concetto di lavoro-merce (cfr. p. 26): il COLETTI esclude un costo di produzione del lavoratore, ma riconosce l'utilità o il valore del lavoro (p. 12). Il che è certo, ma nel senso che vedremo poi, e che esclude il lavoro-merce.

²⁾ In fatto di concezioni brutali del lavoro umano non credo che si possa andare più in là del DARGUN (in *Zeitschrift für das gesamte Staatswissenschaft*, 1884), col quale si può essere, fino a un certo punto, d'accordo, laddove asserisce che (p. 515) « l'uomo si nutre e prolifica come l'animale, e la sua forza fisica non è economicamente affatto dissimile da nessun'altra forza fisica ». Fino a un certo punto, perchè anche quanto alla forza fisica è troppo evidente la compenetrazione dell'uomo, essere intelligente e libero, col suo lavoro. Ma, appunto, questo dimentica il DARGUN, il quale conclude che non deve affatto ripugnare che si concepisca l'uomo come un bene (economicamente), così come qualunque cosa esterna. Ma sul concetto del DARGUN torneremo ancora appresso.

Veramente il Bureau consiglia di non fare del sentimentalismo. D'accordo, in linea di massima, che col sentimentalismo ¹⁾ si ragiona male: e io stesso l'ho proclamato in questioni in cui esso aveva troppo gran parte ²⁾, in cui esso, si noti, assumeva una forma morbosa, perchè ottenebrava l'indagine serena dei fatti. E appunto perciò io dico che si esagera da coloro che pur sono nel medesimo ordine di idee qui propugnate, quando si osserva, a rincalzo, che se è bene « qualunque mezzo esteriore atto a soddisfare i bisogni dell'uomo, non è però tale mai il lavoro umano, perchè questo non è mai puramente un mezzo esteriore per scopi altrui » ³⁾. Il concetto evidentemente è che ciò è necessario per la salvaguardia della dignità e della libertà del lavoro. Ora nessuno è più di me un fervente propugnatore di questa dignità del lavoro umano: ma mi pare un po' eccessivo sostenere che esso non è un mezzo per sostenere i bisogni altrui. Lo è, e come!, in un regime fondato sullo scambio: nè l'ammetter ciò contrasta affatto colla dignità del lavoro umano ⁴⁾.

Dunque niente sentimentalismo. Ma qui è proprio il contrario. Si fa un'indagine troppo poco esatta dei fatti, perchè ci si lascia guidare da una tesi preconcepita, erronea perchè brutale, erronea perchè in contraddizione non già col sentimento, ma colla realtà. È sentimentalismo dire che il lavoro dell'uomo si compenetra troppo colla sua persona, perchè lo si possa dissociare, astrarre da esso? E chi dice che questo concetto, che esce dalla realtà delle cose, autorizzi un concetto a sua volta disumano, antiquato del contratto di lavoro? ⁵⁾. Non capisco questa fobia per l'elemento « persona del lavoratore » come elemento giuridicamente rilevante nella posizione del contratto di lavoro. Nessuno pensa che esso sia un ritorno a un passato che, per fortuna, non tornerà mai più: nessuno crede o dovrebbe credere che con ciò sia autorizzata una concezione servile della posizione economico-giuridica del lavoratore di fronte all'altro contraente ⁶⁾.

¹⁾ Anche il FOLLIN, in *Journal des économistes*, 70.^o, p. 258, scrive che la tesi da me nel testo sostenuta è frutto di uno sciocco sentimentalismo. E così pure il CORNELISSEN, cit.: il quale dichiara che non lo muove già un inutile sentimentalismo, ma l'intuito economico.

²⁾ Per es. nella questione della natura giuridica del contratto tra l'avvocato, il medico, ecc. e il cliente (cfr. sopra, p. 251).

³⁾ LEXIS, *Allgemeine Volkswirtschaftslehre*, p. 8 (1910).

⁴⁾ Cfr. sopra, p. 54 sg.

⁵⁾ Lo CHATELAIN assicura che il principio per cui « il lavoro è una merce come un'altra » proclamato ad es. dal GIDE, è una frase che « eccita e non a torto la bile dei socialisti ». *Nature jurid. du contrat*, ecc. cit., p. 49. Per conto mio, però, mi permetto di rinviare lo CHATELAIN, che ciò asserisce, a meditare il MARX, *Das Kapital* (1894), III, p. 415, I, p. 315, cui si deve appunto la formulazione scientifica del lavoro come merce.

⁶⁾ Il curioso è — e ciò è, d'altronde la miglior riprova, se pure era necessaria,

Contraente! Ma tale è anche il lavoratore che dispone contrattualmente delle proprie energie di lavoro: è nella contrattualità della propria posizione che il lavoratore troverà la migliore salvaguardia, quando sia il più che è possibile rispettato l'equilibrio economico tra le parti. Ma per ciò bando a contorsioni teoretiche e irrealtà pratiche come è questa di una astrazione del lavoro dalla persona che lo produce. Questa rientra nella posizione contrattuale come fonte del lavoro: ed a questo concetto si connette una quantità di regole e istituti ispirati precisamente alla necessità di dare il dovuto risalto alla dignità personale dell'operaio: per esempio la tutela dell'incolumità igienica, fisica, morale del lavoratore. A quel concetto, veramente, si riannoda anche lo stesso rapporto di subordinazione tecnica (che nella locazione di opere noi esamineremo a suo luogo), e in cui, come ampiamente vedremo, non si deve vedere nessun segno di asservimento. Ma è appunto contro questo rapporto di subordinazione che alcuni oggi battono in breccia. È argomento che occorre rimettere alla trattazione che ne faremo a suo luogo più avanti.

169. Ma alle teorie che propugnano il carattere di merce pel lavoro non va rinfacciata solo l'illusione dell'intento umanitario che le muove. In un punto come questo, in cui la concezione economica e la giuridica non vanno dissociate bisogna anche aggiungere che quelle teorie tengono in non cale anche il punto di vista giuridico. Si dirà che non si fa del diritto, ma dell'economia, quando si parla del lavoro come merce. Io rispondo che ciò non è esatto, dal momento che si conclude col fare del contratto di lavoro una « compravendita ».

Ma questo ci conduce a toccare di straforo un punto delicato; i rapporti tra l'indagine economica e quella giuridica.

L'Endemann ⁴⁾ ha rimproverato alla vecchia dottrina sul contratto di lavoro di avere trascurato l'indagine del contenuto economico del

che la nostra tesi è buona — che alcuni scrittori hanno precisamente rinfacciato la teoria del lavoro-merce come documento dell'avvilimento in cui è tenuto il lavoro dell'uomo. Cito per tutti il SALVIOLI, che nella sua ben nota (non recente) critica, acra e mordente, e a parer mio (me lo permetta, l'illustre collega ed amico) non sempre serena, al nostro Codice civile, come codice della borghesia (*I difetti sociali del Cod. civile*, Palermo, 1891, p. 23) esce a dire: « Le leggi civili, non riconoscendo altre vere forze all'infuori della proprietà, nell'uomo nella sua capacità muscolare o intellettuale non hanno visto che un capitale fisso, e nella mano d'opera soltanto una merce, un oggetto che non ha diritto e che resta abbandonato alle combinazioni del mercato, alla speculazione e alle dure necessità della vita ». Lasciamo per ora andare la questione del mercato di lavoro: se ne riparerà probabilmente discorrendo del fenomeno economico-giuridico dello scambio nel contratto di lavoro. Ma che la teoria che non separa il lavoro dall'uomo che lo produce, che vede nel lavoro la proiezione dell'uomo, sia più umana, è per me verissimo.

⁴⁾ Op. cit., p. 685. Si è studiato il contratto di lavoro sul *corpus juris*, o sui codici moderni, non nella vita vissuta. Ma se un tempo c'erano ragioni che ciò

contratto. Nulla di più vero. La dottrina, fino a pochi anni fa, si è talora gingillata con costruzioni giuridiche non sempre praticamente feconde di conseguenze; più spesso si è abbandonata in braccio a un empirismo più o meno cieco, certo più dannoso del costruzionismo giuridico. È a questo che dobbiamo la scarsità di materiale nella non recentissima elaborazione scientifica del nostro contratto. E quel poco non è che una ripetizione dei medesimi principi, ispirati, o meglio desunti da un astratto esame del rapporto ¹⁾. Non si è intesa l'importanza del contenuto economico di questo rapporto, e il risultato è stato anche il fatto, probabilmente provvidenziale ²⁾, che i legislatori trascurarono di regolarlo. La conseguenza è stata un dissidio, almeno in parte, tra giuristi (dati solo a tradizionali formule teoriche) ed economisti (intesi a studiare il contratto di lavoro nelle sue pratiche, empiriche manifestazioni). E questo è certo un male. Se è vero che in genere il diritto non è che una rete di sicurezza di fenomeni economici (e non solamente economici!), è naturale che non basti esaminare il guscio, ma bisogna vedere quello che ne rappresenta il contenuto. Ciò è vero in generale: ma è tanto più vero pel contratto di lavoro. Cosicché non a torto, a mio avviso, l'Endemann sostiene che bisogna prendere le mosse dal concetto economico del lavoro, per arrivare a determinarne la struttura giuridica del nostro contratto.

In quest'ultimo ventennio invece si è avvertito un salutare e fecondo risveglio di indagini economico-giuridiche ³⁾. E si è caduto, bene spesso, nel difetto opposto. Mentre prima erano i giuristi che non si curavano del lato economico, ora gli scrittori, che partono da concetti e presupposti essenzialmente economici, arrivano bene spesso a trattare anche il lato giuridico perdendo di vista il sistema generale

spiegavano, oggi non è più così. Il rimprovero dell'ENDEMANN si estende anche al Cod. civ. german. (op. cit., p. 706), che si sarebbe astenuto dal mieterne nel campo economico. Il rimprovero è giusto, almeno se si parte dal concetto di una esauriente codificazione del contratto di lavoro.

¹⁾ Le trattazioni giuridiche del contratto di lavoro hanno per molto tempo calcato le vecchie orme dei vecchi trattati, senza tener conto del recente movimento di idee. In questo certamente ha colpa anche la tendenza conservatrice delle discipline giuridiche, avvezze (come nota il SINZHEIMER, *appr. cit.*) a maneggiare concetti già maturi nella legislazione e trascurare quelli in formazione in quel gran crogiuolo che è la vita vissuta.

²⁾ Cfr. l'introduzione.

³⁾ Non è assolutamente esatta l'affermazione del BÜCHER, nella sua nota monografia sul « lavoro e ritmo » (*Arbeit und Rhythmus*), dove la trattazione è iniziata con dire che « sebbene il lavoro costituisca il punto di partenza di qualunque manifestazione economica, tuttavia la sua natura è stata sin qui solo raramente assoggettata a esaurienti indagini dagli economisti ». I recenti interessantissimi studi economici di psico-fisica sul lavoro, specialmente in Germania (in Italia in proposito si è fatto poco o nulla), provano il contrario.

del diritto, in cui pure anche rapporti riannodantisi al lavoro retribuito devono trovare il loro adattamento. E anche questo è un male, forse meno grave, di cui la responsabilità risale in gran parte ai giuristi. Il Sinzheimer ¹⁾ osserva a ragione che gli economisti hanno seminato nel campo del « contratto di lavoro » per molti anni, senza che i giuristi se ne occupassero in modo corrispondente alla enorme ricchezza di materiale presentato dagli economisti; ricchezza che non fece se non in questi ultimi tempi (in Germania per merito specialmente del Lotmar) sentire il bisogno di una rifusione giuridica.

Gli esempi a riprova di quanto siamo andati dicendo non difettano certo. Potrei ricordare il cattivo impiego di vocaboli che veramente appartengono a una tecnica terminologia giuridica fatta ad uso e consumo degli economisti: così la vendita del lavoro, la proprietà del lavoro ²⁾, l'associazione tra operaio e industriale; così le « transazioni » tra chi compra e chi vende sul mercato: inesattezze, si intende, per lo più trascurabili ³⁾, quando non si tratti che di un modo spiccio e chiaro e corrente di esprimere il pensiero esatto. Ma talora è inesatto anche il concetto giuridico che vi corrisponde, ed è allora soprattutto che il giurista deve intervenire. Fino a un certo punto si può tollerare l'impiego di termini tecnici in un senso non tecnico, quando, torno a dire, non sia che un modo vigoroso e perspicuo di espressione del pensiero.

Il male comincia quando l'abuso di questi termini diventa appiglio e incentivo a estendere indebitamente anche il concetto tecnico, non limitandone più l'uso a uno scopo puramente formale. Ed è quello che è avvenuto precisamente in questa materia. Così a furia di discorrere di proprietà del lavoro, è nata in qualche economista l'idea che proprio di un diritto di proprietà si possa discorrere. È vero che il Codice civile discorre, a torto, di una proprietà del credito (art. 1539), ma in senso puramente formale. Invece il Deutsch ⁴⁾ accenna a un vero diritto di proprietà del lavoro: ciò che è anche peggio, perchè

¹⁾ Nell'*Archiv für das bürgerl. Recht*, 34.º, p. 291.

²⁾ Così il DE MOLINARI, in *Journal des économistes*, 1901, 2, 172 (gli operai sono proprietari del loro lavoro). Sono espressioni usate impropriamente, ma tuttavia molto chiare e incisive: così come quando si dice che ognuno è padrone della sua volontà. C'è anzi in questa direzione una monografia del TORNABUONI, *La proprietà del lavoro*. Anche A. SMITH insegna che la proprietà del lavoro è sacra e inviolabile. Cfr. MACLEOD, in *Biblioteca dell'economista*, S. III, vol. 3.º, p. 727.

³⁾ Il GIDE osserva, ad es., che il contratto di lavoro soffre di un vizio veramente redibitorio: cioè che il lavoratore si disinteressa ed è disinteressato dallo scopo del lavoro che compie (*Principes*, I. cit.). Il PANTALEONI discorre del lavoratore (socio di cooperative di produzione) che compera la retribuzione del lavoro proprio (*Scritti vari*, I, p. 237).

⁴⁾ *Qualifizierte Arbeit und Kapitalismus*, Wien, 1904, p. 4.

L. BARASSI. — *Il contratto di lavoro*, ecc. — 2.ª ed. — 29.

almeno il credito è un'entità economica distinta dal soggetto. E così si è trasceso sino a una vendita del lavoro; così anche per il concetto di associazione, l'una e l'altra due modi di ricostruire il contratto di lavoro. Della locazione di cose si dice che vi ha una vendita dell'uso della cosa stessa, e questo pazienza, una volta chiarito che « vendita » non ha qui portata tecnicamente giuridica ¹⁾ (salvo quanto vedremo circa l'uso della cosa come merce) ²⁾. Ma quel che è più lo stesso Brentano assicura che in genere, a differenza del debitore del lavoro, quello che egli chiama il « creditore dell'uso di una cosa » (il locatore di essa) è in un rapporto personale momentaneo coll'acquirente; una volta accordatisi, pagato il prezzo e consegnata la cosa il rapporto personale è finito; il che è falso giuridicamente; economicamente sarà forse vero solo in un senso più ristretto, cioè quanto all'iniziale contatto personale tra le parti.

Questi non sono che pochi esempi del dissidio tra l'indagine economica e giuridica che potremmo anche in parte giustificare; se non che essi non sono che un indice di tutto un metodo che ha condotto in tempi recenti alle più stravaganti teoriche giuridiche in materia di contratto di lavoro: un esempio si è visto già a proposito della teoria dello Chatelain ³⁾. In sostanza non si può arrivare certo sino a pretendere una assoluta identificazione delle due categorie di indagini. Ciò è assurdo, perchè ognuna ha fini propri, un campo proprio, e anche metodi propri di lavoro. Così, diverso è il campo e il metodo delle indagini, che nell'economia è più largamente sintetico ⁴⁾. Infatti l'economista vede nel lavoro qualcosa che, come i beni materiali, è atto a soddisfare un bisogno, ed è quindi tratto a parificarlo ai beni materiali, mentre il punto di vista del fisiologo, del giurista e magari

¹⁾ Non bisogna, per verità, dar troppa importanza al diverso impiego terminologico: in proposito gli economisti e i giuristi hanno ragione di lamentarsi gli uni degli altri; l'economista dirà ad es. « locazione di un capitale » per dire « mutuo » (PANTALEONI, *Scritti*, II, p. 167), e il giurista chiamerà spesso « reddito » quello che a rigore economico non lo è. Però l'impiego non tecnico di vocaboli che hanno una portata eminentemente tecnica e come tale diversa è in genere da evitare più che si può, perchè crea degli equivoci, e genera confusioni concettuali.

²⁾ Recentemente questo concetto di « vendita delle energie della cosa » è stato sostenuto dal CARNELUTTI. Ne ridiscorreremo a suo luogo (appr. n. 192 sg.).

³⁾ Così gli economisti (e non essi solamente) sogliono discorrere del « diritto » di sciopero, concetto vero in parte. Ma l'indeterminatezza di queste espressioni ha fatto nascere poi singolari illusioni e teorie corrispondentemente erranee.

⁴⁾ Così l'economista riconnette, più spesso che il giurista possa farlo, il fenomeno del contratto di lavoro alle fasi che lo precedono e lo seguono nel complessivo processo della produzione. Il GUYOT (*Conflits du travail*, p. 24) può asserire perciò che « non è l'industriale che paga i salari che versa in cambio dei prodotti del lavoro, ma sono i suoi clienti ». Cosicchè il padrone è vittima della comune concezione orgogliosa per cui è lui che paga. — Ora: ciò, vero economicamente, è invece, alla lettera, falsissimo giuridicamente.

anche del moralista potrà essere differente. Così gli economisti si preoccupano, da I. R. SAY in poi, della utilità subbiettiva (quella che il Pantaleoni chiama « edonismo egoistico », e il Pareto « ofelmità ») qualunque essa sia, senza preoccuparsi se s'ia morale o immorale, ragionevole o no; è l'apprezzamento soggettivo eminentemente insindacabile dell'uomo che domina, a differenza del concetto moralistico ¹⁾. E così il fisiologo potrà opporre tali differenze tra il lavoro e i beni materiali da impedire la fusione di tutti nella medesima categoria concettuale: niente di strano se il giurista, con una visione più integrale, si iscriva a questa conclusione. Da ciò segue la possibilità che non tutte le categorie economiche, come nota benissimo il Planiol, corrispondano sempre alle categorie giuridiche (le medesime funzioni economiche infatti possono essere tutelate con parecchi mezzi giuridici); e viceversa lo stesso mezzo giuridico può tutelare più di una funzione economica ²⁾.

Ma ciò ammesso, si deve per lo meno pretendere per parte degli economisti il ragionevole ossequio ai risultati e agli insegnamenti dei giuristi, e l'abbandono di un certo totale disprezzo per lo spirito giuridico che il Iannaccone ha avuto il merito di rilevare, e di rimproverare agli economisti. E per parte dei giuristi l'interessamento vivo, continuo all'analisi che dei fenomeni così come vivono fanno gli economisti: noi non dobbiamo stare in disparte « come se uno dei massimi compiti della nostra scienza non fosse anche quello di seguire i nuovi fenomeni che vanno assumendo vita, per trovare ad essi un'espressione giuridica! » ³⁾. Se c'è un campo in cui giuristi ed economisti debbono darsi la mano è proprio questo del lavoro: non più analisi astratta del fenomeno del lavoro in base ai puri testi di legge, ma esame di esso nella sua vita palpitante. Bisogna con ciò ossigenare i testi di legge ⁴⁾.

¹⁾ Cfr. PANTALEONI, *Scritti vari di Econ. polit.*, I, p. 367 sg.

²⁾ *Traité élément.*, II, n. 1880. Così è certo che il concetto economico di « patrimonio » non coincide con quello giuridico. Economicamente non comprende i debiti e comprende invece la possibilità di acquisto anche non tutelata da un vincolo giuridico di aspettativa. Cfr. FERRARA, in *Rivista dir. civ.*, 1911, p. 667-668, e le mie *Istituz. di dir. civ.*, pag. 53 sg.

³⁾ SINZHEIMER, op. e l. cit.

⁴⁾ L'importanza di questo nuovo metodo giuridico-economico è stata luminosa, già dal SINZHEIMER specialmente nella sua « *Die sociologische Methode der Rechtswissenschaft*, München. 1909. — Alquanto oscura mi è sembrata l'osservazione del LOTMAR, cit., I, p. 46-47, che l'economista non si preoccupi del rapporto qualitativo tra prestazione e controprestazione ma solo del loro rapporto quantitativo, che al diritto è indifferente. Prese alla lettera, queste parole non mi convincono: citerò il rapporto di onerosità, che è uno di quelli in cui il diritto e l'economia (come abbiain visto) si incontrano appunto sulla relazione tra le due prestazioni. Contro il LOTMAR cfr. pure (ma in direzione differente dalla mia) CARNELUTTI, op. cit., p. 393.

170. Quanto si è detto chiarisce a sufficienza tutti gli inconvenienti di questa poco illuminata alleanza tra l'economista e il giurista nello studio del contratto di lavoro. L'uno ha soverchiato l'altro, o non ha tenuto in considerazione le indagini dell'altro. Il savio sincretismo metodologico esige invece un connubio più sapiente. Ricordo in proposito le parole auree del Jellinek ¹⁾: « La dommatica del diritto deve essere completata dal sussidio della storia del diritto dell'economia e della civiltà, e con la sociologia, ma non deve essere da queste discipline sostituita ».

La conclusione è che il giurista deve guardare al problema del lavoro con occhi da giurista, se vuol fare di esso l'analisi giuridica. Ora, i principi del diritto insegnano che il lavoro così come la capacità di lavoro ²⁾, cioè il lavoro in potenza e in atto, non può essere concepito come una « cosa » (che è giuridicamente quello che la merce in senso economico) ³⁾, cioè come un *quid* suscettibile di rapporti giuridici, perchè non ha struttura ed esistenza autonoma, non vive di vita propria, non è un tutto a sè, esteriormente ⁴⁾. La « parte

¹⁾ *I diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, p. 21.

²⁾ La capacità di lavoro non è una ricchezza economica, nè una cosa giuridica: perciò, ad es., non fa parte del « patrimonio » (FERRARA, op. cit., p. 668). Essa non è che qualità inerente al soggetto. Non è che in un senso molto lato, e a mio avviso non interamente giustificato di « patrimonio » concepito economicamente, che la capacità di lavoro può, come fa il von THUR, *Allg. Theil*, p. 319 (cit. in FERRARA) essere considerata come valore patrimoniale. Se invece si concepisce come patrimonio, giuridicamente, solo ciò che è rapporto giuridico economicamente valutabile (cfr. le mie *Istituzioni di dir. civ.*, p. 53 sg.), non vi rientra il diritto sul proprio lavoro, che non è se non un riflesso della personalità, una porzione della capacità giuridica (presupposto, e non elemento del patrimonio): dire che l'operaio non ha altro patrimonio che le proprie braccia, e il proprio lavoro, che vi sia dunque un secondo patrimonio (dinamico) costituito dalle energie di lavoro, cioè esistente nello stesso organismo fisiologico dell'uomo (cfr. però MASCI, *Il concetto di reddito*, cit., p. 74), è un modo di dire che non va preso alla lettera.

³⁾ Cfr. ANTOINE, *Cours d'économie sociale*, p. 607. La materialità o corporeità sarebbe poi un ulteriore elemento della merce (che non è se non la « ricchezza »). Ma non mi pare esatto: anche in ciò i due concetti economico e giuridico procedono paralleli. Cfr. appresso.

⁴⁾ Non è, dunque, che noi ripudiamo il lavoro come cosa perchè non concepiamo che « cosa » possa essere ciò che è incorporale: è un motivo addotto, per la nostra tesi, dall'HARRISON, in *Fortnightly Review*, III, p. 49, e tra noi dal MASCI, *Il concetto e la definizione del reddito*, Napoli, 1913, p. 155, ma a cui non aderisco (e l'avviamento, la proprietà industriale? Cfr. GRAZIANI, *Istituzioni d'econ. politica*, p. 51-56). Su questo punto concedo quindi pienamente col CARNELUTTI, op. cit., p. 389. Il BRENTANO, op. cit., p. 5, oppone che anche l'uso di una cosa, di un cavallo è cosa, è merce: perciò anche il lavoro. Su questo concetto del BRENTANO si veggia appresso. Tuttavia il lavoro non è bene economico, nè materiale, nè immateriale. Ciò osservo anche contro il PHILIPPOVICH, *Grundriss*, ecc., I, pag. 304, che rileva la differenza tra il lavoro e i beni economici materiali, concludendo che il lavoro è trattato « come se fosse merce ». Dunque non lo è? Il concetto dell'A. è, mi pare, che sia bene immateriale.

integrante » non è oggetto di rapporti di proprietà, ecc., ma ad essa si estendono i rapporti che si riferiscono al tutto di cui essa è parte. Tanto più quindi le forze o le qualità utili di una cosa, ad es. il lavoro di una macchina, non sono cose, ma qualità di una cosa. Volendo anche considerare l'uomo come una cosa, il suo lavoro non sarebbe oggetto del rapporto contrattuale; ma oggetto sarebbe la cosa uomo limitatamente a quella sua qualità di produr lavoro ¹⁾. E ciò per l'inseparabilità che abbiamo già illustrato del lavoro da ciò che lo produce.

E badiamo che si tratta di una considerazione d'ordine economico-giuridico. Ciò che non ha struttura e vita autonoma, ma dipende essenzialmente da qualche altra cosa, è inseparabile, nel trattamento economico e giuridico, da quest'altra cosa. Dire che l'operaio vende il proprio lavoro è usare un linguaggio metaforico, perchè non aliena nulla, del mondo esteriore, ma si limita a promettere la produzione di proprie energie di lavoro. Anche gli economisti debbono riconoscerlo. In altre parole: io credo che il concetto di « cosa » giuridicamente, e di « ricchezza » economicamente si equivalgano ²⁾. Ciò che non è cosa non può essere ricchezza, quindi non può essere merce. Non sono una merce, così come non sono cose giuridicamente, le qualità di una cosa, che solo potranno costituire le ragioni dell'ofelimità della cosa stessa, cioè del fatto che la cosa sia per causa di esse una « ricchezza » permutabile, cioè una merce ³⁾. Il diritto sulla qualità non è, in realtà, che un diritto sulla cosa limitatamente a questa qualità.

¹⁾ Calza a questo proposito il concetto di « uso della cosa », su cui torneremo più avanti, quando discorreremo del contratto di lavoro come locazione. Cfr. intanto BECHMANN, *Kauf*, II, p. 119. Per ora a tal proposito ricorderò come anche a proposito della locazione di cosa il BRENTANO discorra di « vendita dell'uso della cosa », dove « uso della cosa » è considerato come merce, mentre non è per sè oggetto nè di scambio nè di diritti (è cosa invece la facoltà di uso, cfr. appresso): *Zur Kritik d. engl. Gewerksvereine*, p. 5.

²⁾ Cfr. in questo senso SIMONCELLI, in *Foro ital.*, 1900, I, 63, e le mie *Istituzioni di dir. civ.*, p. 67. Veramente il BONFANTE, in *Foro ital.*, 1901, I, 906, non crede che il concetto specifico di cosa si ricollegli all'economia politica, ma su questo punto non insisto, perchè nella nota del BONFANTE a dir vero non ho trovato la dimostrazione di questa esclusione. Ad ogni modo il BONFANTE concorda con noi nell'ammettere che nel concetto tecnico di « cosa » i servigi e le prestazioni umane non rientrano. Quanto alla « cosa » il ROSIN (cit., I, p. 237) parte esattamente dal concetto che il bene economico debba essere esterno al produttore o consumatore, per concludere, con una curiosa contraddizione, che il lavoro è merce. Ma in realtà il ROSIN non ha sviscerato questo problema.

³⁾ Badiamo che altro è la qualità di una cosa, altro l'uso che uno faccia della qualità di una cosa. Quella non è cosa, e non lo è veramente neppur l'uso considerato in sè: lo è invece la facoltà di uso, quando diventa entità autonoma mediante la sua separazione dal diritto in cui è contenuta (cfr. le mie *Istituzioni* cit., p. 47). E cosa perchè per essa non si verificano gli ostacoli che indichiamo per la qualità. Quanto dunque BRENTANO oppone all'HARRISON (cfr. sopra, p. 452, nota 4) sposta la questione: sì, la facoltà di uso di una cosa è a sua volta una « cosa »

170 bis. Tutto ciò sembrava discretamente pacifico, nella dottrina, in questa vecchia dottrina che si pasce di arcaismi e che per ciò ha potuto irritare l'anima ansiosamente sognatrice del vecchio Faust. Ma recentemente è venuto il Carnelutti, colla sua dialettica brillante e sempre acuta, benchè (se il chiaro collega me lo permette) talvolta paradossale, a turbare le chiare fresche e dolci acque ⁴⁾. Il Carnelutti ha con molto vigore e con non minore ardimento sostenuto che l'industriale gode il lavoro dell'operaio, che questo lavoro è obbietto di un contratto; che quindi le energie umane sono cose. Naturalmente a ciò bisognava dimostrare, per non confondere il soggetto uomo col mondo esteriore, che quelle forze si esteriorizzano, si obbiettivano, si distaccano dal corpo dell'uomo: e a questa dimostrazione il Carnelutti si è accinto. Esso infatti ammette che finchè le energie sono dentro l'uomo « le energie sono uomo, e non cosa ». E fin qui va bene. Ma prosegue: « le energie umane diventano oggetto di contratto solo in quanto si obbiettivano, si esteriorizzano, si distaccano dal corpo, che è l'uomo ».

A legger queste parole, veramente, a tutta prima si ha come l'impressione che la dimostrazione debba condurre sul terreno infido della scienza ipnotica, che conosce anche, a quanto si asserisce, l'esteriorizzazione della sensibilità. Ma la dimostrazione è più modesta: forse (se non erro) lo è anche troppo. Perchè, si domanda il Carnelutti, le forze che escono dall'uomo non debbano diventar cose? Ma appunto si tratta di concepire che le forze possano uscirne, così come la sensibilità esteriorizzata (dicono!) assume la forma di un fantasma. Per parte mia, confesso la mia ingenuità, non arrivo a intenderlo: bisognerebbe che queste energie si potessero materializzare staccandosi dall'uomo, così come i suoi capelli recisi, che sono suscettibili di un distacco, e perciò indipendentemente dalla loro origine umana (e qui ha ragione il Carnelutti) son cose, possono essere oggetto di proprietà. Certo, ripeto, io non limito la « cosa » a ciò che è corporale; quindi non è l'immaterialità delle forze che mi preoccupa, ma la loro inseparabilità dall'uomo: inseparabilità derivante da ciò, che le energie spiegate dall'uomo non sono che un modo di essere delle sue fibre, dei suoi muscoli, della sua anima, della sua intelligenza, insomma un atteggiamento determinato del suo organismo che è atto a influire sul mondo esteriore in un modo utile per qualche altra persona. Questo atteggiamento

giuridicamente (incorporale, come diritto): ma da ciò non segue che sia cosa il lavoro. Del resto questo è un corollario del modo con cui (e sopra, p. 23, l'abbiamo visto) il Brentano concepisce il « lavoro ». L'impiego che del lavoratore fa l'industriale potrà anche essere concepito come cosa; ma non mai il lavoro stesso. Cfr. BRENTANO, op. cit., p. 16.

⁴⁾ Nella già cit. *Rivista di dir. comm.*, 1913, I, 388 sg.

una volta spiegato (abbia prodotto o no l'effetto utile esteriore) lascia di sé delle tracce (la fatica nel lavoratore, o l'alterazione nel mondo esteriore), ma di esso nulla più rimane, appunto perchè non è che un atteggiamento della persona. Ed è questa la ragione per cui il dispiegamento di energie non è un'attribuzione patrimoniale, come esattamente asserisce il Lotmar¹⁾: non lo è perchè non è se non dispiegamento di forze, cioè, aggiungo io, un atteggiamento del subbietto agente, qualcosa che si confonde con esso, e non esce da esso.

Non esce da esso, ripeto. Su questo punto (sfido!) la dimostrazione del Carnelutti è completamente mancata. La « autonomia permanente » che in tanti casi debba riconoscersi all'energia umana è per me un mito. Certo non ne è un caso la cosiddetta perpetuazione del canto o della parola nel fonografo. Si dice che il canto è fissato sul disco-matrice. Ora, intendiamoci: nel canto vi è, prima di ogni cosa, lo sforzo muscolare e spirituale dell'artista, e questo sì che è lavoro, esso resta nell'artista, si consuma colla sua produzione. E vi è ancora, e successivamente, il risultato: un movimento di onde aeree che va ad incidere la matrice. E questo non è lavoro, è un risultato esterno all'uomo che si può perpetuare, benchè a rigore neppur esso si perpetua, ma solo, a sua volta, il risultato, cioè l'urto contro la matrice. Non vi è dunque nulla di eccezionale qui: non si verifica quanto sostiene il Carnelutti, e cioè la conservazione delle energie umane usate quindi da chi le ha prodotte ed obbiettivate²⁾. E così capisco che, con linguaggio metaforico, si possa dire che Canova ha trasfuso la sua idea, il suo sforzo mirabile nella statua di Napoleone: ma è qui tutto; guai a voler dar corpo a questa immagine e sostenere che per davvero in quel blocco di marmo si sia obbiettivata, immagazzinata, accumulata l'energia psichica del creatore! Ma no: lo sforzo, pur troppo, e rimasto in lui: solo si è perpetuata quell'alterazione genia-

¹⁾ *Arbeitsvertrag*. I, p. 43. Il CARNELUTTI gli oppone che « quando la sostanza muscolare e nervosa si è esteriorizzata, diventa una cosa ». Ecco: se si scivola nei regni luj dell'esteriorizzazione delle forze della sensibilità, ecc., io non voglio giurare che anche la tesi del CARNELUTTI non possa anche avverarsi. Trovo anzi che sarebbe molto comodo, in qualche caso, far sentir le proprie energie a distanza, convogliandole in un punto, o, meglio, su una.... persona determinata! Comodo e, soprattutto, prudente. Perciò, cautamente, lascio aperta questa porticina nella mia confutazione: rimetto ai progressi delle scienze occulte di completare la dimostrazione dell'arguto mio collega. Del resto si badi che, per quanto buio domini sui fenomeni della suggestione, dell'ipnosi, ecc., certo è che questo fluido non è che il risultato esterno di uno sforzo interiore: non è lavoro, ma il risultato del lavoro.

²⁾ Se non mi sbaglia questo esempio, scelto dal chiaro mio collega, sta alla tesi per cui le energie di lavoro sono cose, così come l'altro esempio dell'accumulatore sta alla tesi propugnata dal medesimo scrittore, per cui l'energia elettrica è cosa. Su questa ultima tesi, che è stato il punto di partenza che ha condotto il CARNELUTTI alla prima tesi, si veggia più avanti (n. 206).

lissima del mondo esteriore che non fu se non il risultato di una magnifica energia ¹⁾.

Insomma le forze umane non si conservano ²⁾, ma si consumano una volta esplicate, e con ciò utilizzate. Il che è quanto dire che non sono separabili da chi le produce.

Dunque non le energie dell'uomo, e neppure (tanto meno!) l'uomo sono oggetto di rapporti giuridici. L'uomo che produce lavoro, e in cui l'esistenza di energia di lavoro rappresenta una qualità, non è a sua volta nè una « cosa », nè « una ricchezza »: su ciò mi si permetterà di non insistere ³⁾: l'uomo è centro del mondo esteriore e autonomo, ad esso contrapposto ⁴⁾; l'uomo è centro di bisogni, per soddisfare i quali

¹⁾ Cfr. in proposito anche il REDENTI, in *Foro it.*, 1913, I, col. 1144, nota 2, che concorda nella critica al CARNELUTTI.

²⁾ Un evidente corollario di questa affermazione è che il lavoro non è neppure capitale, benchè ciò sia controverso: non lo è perchè non è una merce, e, di più, se anche lo fosse, non sarebbe un bene conservabile (VALENTI, *Princ. di scienza economica*, 1909, p. 123): per quanto si ammetta che il capitale si consuma, e quindi non occorre la assoluta durata fisica, come requisito del capitale (RICCI, *Il capitale*, p. 43), è certo che pel capitale si richiede una sia pure provvisoria conservazione, impossibile pel lavoro, possibile invece per l'attitudine o la capacità al lavoro: ma questa capacità è più un presupposto per la produzione del lavoro (se anche lo si voglia considerare come bene) che non bene essa stessa (vi è analogia nell'economia come nel diritto su questo punto). Il lavoro, se anche è un bene, è un bene di consumo; e ciò è vero non solo per i servizi personali (ciò si è già visto), ma anche per l'elaborazione di materia prima; non è che il lavoro si perpetui sulla cosa, a differenza che per i servizi, perchè anche in quel caso quello che si perpetua è il risultato del lavoro, non il lavoro stesso. Del resto gli art. 1717, 1719, ecc. dimostrano come nel sistema della legge si distingue il capitale dal lavoro. Questo è anche il concetto del KNIES, *Das Geld*, p. 20.

³⁾ FERRARA F., in *Rivista dir. civ.*, 1911, 568; FUNCK-BRENTANO, in *Nouvelle Revue*, 1892, fasc. di luglio; DEPASSE, *Du travail*, Paris, 1895, p. 49 sg. Il DARGUN (op. cit. l. cit.), mentre ritiene che l'uomo sia un bene, una ricchezza, come qualunque cosa esterna (appunto perchè lavora), esce a dire che però ciò non conduce a ritenere che esso sia una cosa, così come anatomicamente si trova che l'uomo è alla vetta nella serie degli animali, senza con ciò concludere che è uguale agli altri animali. Economicamente non si può trascurare il fatto che nell'uomo vi ha il corpo, una parte materiale col quale ha in comune le stesse qualità che fanno delle bestie un capitale e un bene. — Evidentemente il DARGUN scinde stranamente, nell'uomo, la parte corporea dalla parte spirituale, assegnando alla prima funzioni autonome nella genesi del lavoro. E quando poco appresso il medesimo scrittore avverte che colla parte corporea è indissolubilmente connessa la parte spirituale, e che la sua teoria si deve alleare a un illimitato riguardo al carattere etico dell'uomo, abbiamo, in realtà, o una *protestatio facto contraria*, irrilevante come tale, o una contraddizione che scalza tutta la sua teoria. Cfr. con noi il DEPASSE, *Du travail*, cit., p. 49 sg.

⁴⁾ Il DARGUN invece osserva che l'uomo (op. cit., p. 528) vive nel mondo esteriore, non ad esso contrapposto, anzi dal punto di vista dell'attività dello spirito, il corpo e i suoi componenti appartengono al mondo esteriore: tanto più tutti gli altri uomini, per l'uomo.

si rivolge appunto al mondo esteriore: il primo è il subbietto, il mondo esteriore è l'oggetto dell'attività edonistica che preoccupa il mondo economico, e che è gran parte del mondo giuridico. Perciò l'uomo non è, come non lo sono le sue qualità, e quindi quella di produttore di lavoro, cioè il lavoro, non è, dicevo, oggetto del rapporto che garantisce al creditore del lavoro la prestazione di un lavoro. Dico questo, perchè data la tendenza a fare del lavoro una merce, delle due l'una: o con ciò astraete, staccate il lavoro dall'uomo che lo produce, facendone quasi un'entità idealmente autonoma, e vi allontanate dalla realtà. O non operate questa recisione del lavoro dalla sua fonte, e allora, a volere insistere nel concetto di merce, bisognerebbe introdurvi anche l'uomo, la persona cioè del lavoratore. Il che, torniamo a dire, è inammissibile. Non è che in un'economia in cui il diritto ammetta la schiavitù che il lavoro sarebbe cosa: ma, più esattamente, allora sarebbe cosa l'uomo, non il lavoro, che dallo schiavo è pur sempre inseparabile; con ciò si spiega come il diritto romano possa discorrere di un « *hominis ususfructus* » (fr. 3, VII, 7) ¹⁾, ²⁾. Lavoro umano e cosa (o merce) adunque sono due termini che si contrappongono, pur potendo, anzi essendo normalmente l'uno accanto all'altro come fattori di produzione e come prodotto. Come osserva appunto il Lexis il lavoro non è merce, « poichè esso è attuazione dell'umana personalità, ed esso si contrappone come fattore di produzione personale attivo ai beni come suoi prodotti » ³⁾. Anche Pon. Chi-

¹⁾ Questo frammento spiega in che senso si debba assumere l'espressione frequentemente usata nelle fonti di *operae (servorum) legatae* (es. fr. 2 l. cit.): non le opere, ma il servo, relativamente alle sue *operae*, era oggetto del legato. E infatti « in *hominis usufructu operae sunt*, ecc. » (fr. 3, cit.). L'usufrutto ha per oggetto il servo nella sua qualità di essere attivo e operante; è l'uomo nei suoi frutti, consistenti nelle *operae* (fr. 4, *eod.*).

²⁾ Giuridicamente questo concetto oggi non sarebbe neppure pensabile. Non è che un'espressione ipertrofica quella per cui, come asserisce CARLO MARX (*Il capitale*, I, op. VIII), « l'uomo è lui stesso un oggetto, considerato come semplice esistenza di lavoro ». E anche il SUPINO, cit., p. 24, non disconosce che la forza di lavoro non è che l'uomo stesso, per cui il venditore si identifica colla cosa venduta « e chi la compra si impossessa dell'uomo nella sua esistenza fisica, intellettuale, morale e sociale ». Sono espressioni robuste, ripeto, ma guai prenderle alla lettera. Si veggia in proposito ancora appresso, p. 472.

³⁾ *Allgemeine Volkswirtschaftstheorie*, p. 8. « L'uomo è il soggetto della produzione, non è oggetto, non una ricchezza ». RICCI, cit., p. 42 e meglio a p. 54. Il RICCI, conclude (p. 55), che il lavoro non è un bene economico immateriale; e così anche il KNIES, *Das Geld*, p. 50. Cfr. però lo stesso RICCI, *eod.*, p. 248 e 49 sg. Questo del resto riconosce anche il BRENTANO, op. cit., p. 183, quando riassumendosi dice: « La forza di lavoro non è altro che l'uomo stesso, in quanto egli impiega per l'acquisto di beni economici il corpo, l'intelligenza e il cuore, che tutti e tre debbono concorrere in ogni lavoro; il lavoro non è altro che l'utilizzazione dell'uomo stesso ». Cfr. GOBBI, *Estratto dei Rendiconti del R. Istit. lomb.*, II, vol. XVII, fasc. XI,

mirri, nella Relazione al progetto di legge sul contratto di lavoro del 1902, osserva benissimo che il contratto di lavoro, « a differenza di ogni altro contratto ha un contenuto che si confonde con l'anima e coi muscoli della persona che lo presta » ¹⁾.

171. Ma tutto ciò è tanto bene intuito dalla più gran parte degli economisti, che, dopo proclamato la natura di « merce » propria del lavoro, essi si affrettano a fare una restrizione che è una implicita ammissione dell'erroneità di quella proclamazione: è una merce, si dice, ma una merce di carattere speciale, differente dalle altre. E questa differenza risulterebbe da una quantità di caratteri peculiari che tutti si riconnettono al medesimo punto di partenza: la inscindibilità del lavoro dall'uomo che lo produce. Dovremmo citare una lunga serie di nomi, se volessimo ricordare coloro che aderiscono a questo concetto di « pseudomerce » ²⁾. Non starò neppure a ridire le ragioni, note a tutti, che si sogliono addurre a riprova di questa peculiare natura: la più importante è certo, come dicevo, la non separabilità del lavoro dell'uomo. Si cita anche la non accumulabilità ³⁾, la sua non trasferibilità. Si ricorda poi la qualità speciale del lavoro, di essere l'unica ricchezza di cui può disporre il lavoratore, il quale quindi non è in condizione di poterla tenere per sè, se le condizioni del mercato non sono favorevoli. Prescindiamo qui da quest'ultima condizione, che anzitutto può non essere esclusiva del lavoro e in secondo luogo può non verificarsi neppure pel lavoro, nei casi in cui il lavoratore domini la domanda delle sue prestazioni personali (es. un celebre artista): è quindi un principio che, quando si verifica, non è influente se non per ciò che concerne la determinazione dell'ammontare della mercede, non già la qualità o no di merce del lavoro.

XII. E i coniugi WEBB, *La democraz. industr.* (in *Bibl. Econom.*, V, 7, p. 349), con un'espressione comune, ma in un altro senso come vedremo inesatta, osservano: il salariato vende non le sole sue forze muscolari, « ma pressochè tutta la sua esistenza durante la giornata di lavoro ». Ogni guasto o avaria del lavoro si ripercuote necessariamente su chi la fornisce, scrive JANNACCONE, in *Arch. giurid.*, LIII, p. 137. Del resto questa teoria del lavoro come merce appare addirittura una conseguenza logica della surricordata premessa di CARLO MARX (nota preced.).

¹⁾ Non capisco quindi come il GALIZIA, *L'azienda giornalistica*, p. 125, possa asserire che «il diritto del lavoro si concreta e si esaurisce nella pretesa al pagamento del corrispettivo ». Il che è esatto solo se si allude alla esclusione (di regola, ma non sempre!) del diritto alla prestazione di lavoro.

²⁾ Ricorderò qui tra i più recenti il FURER, *Studien ueber den Arbeitsmarkt*, I (1911), che si riferisce specialmente alla specialità delle leggi che determinano il salario; il SUPINO, *Principi di Econ. polit.*, p. 381. Cfr. pure il RICCA-SALERNO, *Salario*, p. 194, 210, 199 sg.; MODICA, *Contr. di lavoro*, p. 127; SALUCCI, *Teoria dello scorporo*, p. 11; URANGIA-TAZZOLI, *Nuovi orizzonti del diritto*, 1898, p. 43.

³⁾ Ma veramente, come rileva il SUPINO, op. cit., p. 25, questa caratteristica non è del solo lavoro, ma in genere di tutte le concessioni d'uso. Cfr. sopra, p. 456.

Ma quanto ai primi caratteri che abbiamo qui ricordato, e in cui già sopra ci siamo imbattuti, è chiaro che essi non sono se non l'espressione di quello che è un *leitmotiv* in questa trattazione. L'inseparabilità del lavoro dell'uomo, la sua compenetrazione con esso, il fatto che esso « è l'uomo stesso con tutta la sua personalità, i suoi bisogni e i suoi interessi » ¹⁾. Come abbiamo visto, non si accumula il lavoro, così come non si accumula l'uso di un cavallo; ma mentre il Brentano ritrae da questa osservazione la conclusione che in fondo non si tratta se non di una mera caratteristica e nulla più della merce-lavoro ²⁾, noi vi vediamo la estensione del concetto per cui dove non vi è autonoma configurazione vien meno integralmente il concetto di cosa, cioè di una unità a sè, di un piccolo mondo che ritrova in sè esclusivamente la propria ragion d'essere. Questa merce di special natura è in realtà la negazione della qualità di merce. In sostanza, chi voglia discorrere di lavoro non potrà mai, da un punto di vista scientifico e pratico, che discorrere del lavoratore; l'astrazione che si suol vedere qua e là, laddove si considera il lavoro in sè solo, non è che un modo di indagine o di espressione (di cui le matematiche ci danno molti esempi) e che qui è specialmente applicato per il lavoro degli operai in genere, prevalentemente materiale; qui il salario è meno variabile, la persona del lavoratore non spicca per speciali doti individuali, la massa dei lavoratori è (si asserisce) più indistinta; perciò è qui specialmente che si suole astrarre il lavoro da chi lo produce, considerandolo come una quantità pura ³⁾; si considera quindi il lavoro « come cosa omogenea, materiale, indipendente dalla persona e dalle qualità proprie dell'operaio ». È un'osservazione, questa, che ha la sua importanza, e in cui si imbatte necessariamente chi voglia discorrere del contratto di lavoro industriale, e del fenomeno moderno dell'associazionismo operaio.

Qui intanto rileviamo subito che quel metodo scientifico non è nulla più di un metodo logico, che non pregiudica per nulla la realtà del fenomeno: si dice lavoro come formula sintetica e piana anzichè lavoratore. Che il lavoro sia una quantità pura non è vero in realtà: domandate a un industriale se vi siano due operai che si rassomiglino perfettamente! Del resto alcuni degli stessi fautori del lavoro merce ⁴⁾ ammettono che la mano d'opera (ecco un'altra formula sintetica che

¹⁾ URANGIA-TAZZOLI, op. e l. cit.

²⁾ Op. cit., p. 7.

³⁾ HALBWACHS, *La classe ouvrière*, ecc., p. 121.

⁴⁾ Nella *Revue d'Econ. politique*, 1913, p. 165. Ciò non toglie che il livello, ad es., dei salari tenda ad uniformarsi, per la mano d'opera (cioè prevalentemente materiale): ciò che è anche un vantaggio per gli operai, che si avvantaggiano dell'elevazione di salario concesso a chi sia più abile.

rivela quella mera concettuale astrazione)¹⁾ è essenzialmente una merce di valore affatto disuguale: un uomo non vale un altro, osservano gli industriali. Vi sono tra gli individui differenze enormi per attitudini al lavoro e rendimento del lavoro, e ciò in ragione dell'età, del sesso, dell'intelligenza, della salute, delle qualità morali, delle nozioni professionali, della razza, dell'ambiente familiare. Altro che uomo-macchina, o uomo-merce (come in fondo opina il Brentano)!

E questa è ancora una prova, se pure era necessaria, dell'impossibilità di sostituire al lavoratore il lavoro, nell'analisi economico-giuridica del contratto nostro.

A questo punto sento farmi un'obiezione: ma il lavoratore baratta il suo lavoro contro una remunerazione!

172. E in verità tutto quanto s'è detto sin qui arrischia di essere stato detto inutilmente se accogliamo l'obiezione del Supino²⁾, che con ciò abbiamo confuso il lavoro in sè, come produttore di ogni ricchezza, col lavoro in quanto ha valore di scambio. Infatti abbiamo uno scambio, un mercato del lavoro, una domanda e una offerta delle energie personali; le quali vengono ad avere quindi un valore, determinato secondo le regole che qui non occorre accennare, ma che riferendoci a una teoria, che è anche fondamentale, possiamo riassumere nella legge della domanda e dell'offerta³⁾. Dunque è una merce! E questo è infatti uno dei principali, se non il principale degli argomenti portati in campo dai sostenitori del lavoro-merce. Da parte socialista fu appunto ammesso che, appunto perciò, in regime capitalista il lavoro non è che merce⁴⁾. Anzi, bisogna notare che la maggior parte degli economisti che a questo concetto aderiscono lo limita, così come già aveva fatto il Marx, al lavoro di chi non possiede affatto i mezzi di produzione, e non ha altro che le proprie braccia; è questo il concetto fondamentale della giustificazione teorica del socialismo moderno⁵⁾. Il Supino⁶⁾ rileva che è solo allora che il lavoro muta carattere e diventa merce:

¹⁾ È curiosa l'autonoma significazione che questo vocabolo ha presso certi scrittori. Il REDENTI (in *Foro ital.*, 1913, I, 1143 sg.) chiama « mano d'opera » anche il canto dell'artista. Io veramente lo chiamerei « voce..... d'opera »!

²⁾ Op. cit., p. 23-24.

³⁾ Concetto accolto dai più. Qui mi limito a ricordare il SUPINO, op. cit., p. 391; WEBER, *Kampf zwischen Kapital und Arbeit*, p. 121; MACLEOD, cit., p. 811. Che questa legge abbia per il lavoro dell'operaio applicazioni su cui influisce l'azione, almeno in apparenza deformatrice, della qualità di questo lavoro di essere così indispensabile al sostentamento, non occorre per ora rilevare. Cfr. SUPINO, *Il capitale salari*, p. 25.

⁴⁾ DEUTSCH, *Qualifizierte Arbeit und Kapitalismus*, Wien, 1904, p. 3 sg. È il concetto di MARX, *Kapital*, I, p. 130.

⁵⁾ Cfr. RICCA-SALERNO, *Teoria del salario* (1900), p. 210.

⁶⁾ *Il capitale salari*, p. 184

quando è l'imprenditore che specula sul lavoro altrui, sfruttando la necessità in cui chi lo dà si trova di darlo ad altri, non potendo lavorare per conto proprio, in tal caso il capitale compera il lavoro. Naturalmente non è mio compito soffermarmi su questo punto: l'argomento se il lavoro sia merce ci interessa solo per le conclusioni giuridiche che se ne possono trarre. Ricorderò solo come il Lotmar ¹⁾ pure abbia ammesso l'esattezza di questo concetto, cosicchè quando gli economisti discorrono di « vendita, acquisto del lavoro » non opererebbero una pura estensione metaforica da un concetto ad un altro.

A me pare che di vero in tutto ciò stia il fatto del lavoratore proletario per cui il lavoro non ha più valor d'uso, ma solo, per così dire ²⁾, valore di scambio; questo è il risultato estratto da quella teoria. Non vi ha più terra libera, il lavoratore non ha mezzi di produzione a sua disposizione, non ha mezzi di sussistenza: non resta, a lui libero e povero, che dare ad altri le proprie energie per avere da altri di che sostentarsi. E sta bene. Ma non capisco perchè si debba concludere, come fa il Lotmar, che « la accettazione e consegna contro corrispettivo [del lavoro] deve essere considerata come acquisto e vendita di lavoro ». Quella dedizione, indice della produzione a base capitalistica, non si può concepire anche come promessa di una prestazione personale? Il lavoratore non aliena una cosa, ma si vincola a un dato atteggiamento personale, cioè a operare uno sforzo, a mettere in movimento le energie dei propri muscoli e del proprio cervello. Insomma, mi pare che vi sia un salto logico tra le premesse fatte e la conclusione. In conclusione pare a me che quanto si è detto contro il lavoro merce si sorregga ancora perfettamente anche rispetto al lavoro proletario ³⁾.

Comunque, sta che il concetto dello scambio del lavoro contro denaro, e dell'impero qui della legge della domanda e dell'offerta, come per ogni scambio, ha condotto alla conclusione (non dimostrata, ripeto: dunque il lavoro è una merce. Si tratta di un'argomentazione capitale, generalmente accolta ⁴⁾).

¹⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 43-44.

²⁾ Per così dire: perchè il lavoro, che non è merce, non ha per sé un valore nè d'uso nè di scambio. Valor d'uso sarebbe l'indirizzare il lavoro al diretto soddisfacimento dei propri bisogni; valor di scambio il prometterlo ad altri vincolandosi.

³⁾ D'altronde è notevole come lo stesso LOTMAR, più avanti (p. 46) finisca col l'ammettere che giuridicamente il contratto di lavoro non è vendita di lavoro: tra la vendita di merci, e il contratto di lavoro vi ha, cioè, un abisso.

⁴⁾ Cfr. SUPINO, *Principi*, ecc., I. cit. Su questo argomento torneremo ancora avanti, dal punto di vista, si intende, giuridico. Intanto qui possiamo senz'altro ammettere questo principio, anche perchè è la condizione più sfavorevole dal punto di vista della nostra tesi. È significativo, a questo proposito, che lo stesso DARGUN,

Vediamo la consistenza logica di questa argomentazione. È evidente che essa si risolve in un sillogismo: tra lavoro e mercede si attua uno scambio; lo scambio non avviene che tra merci, cose, ricchezze: dunque il lavoro è, così come il denaro, una merce. Un sillogismo che in apparenza corre via magistralmente. Peccato che esso sia, da un punto di vista logico, radicalmente viziato. E il vizio consiste in una specie di *ὑστερον πρότερον*: si è cioè posto nella premessa maggiore proprio quello che andava dimostrato, e che si troverebbe invece molto bene nella premessa minore. Bisognava formulare il sillogismo così: lo scambio presuppone che si tratti di merci; il lavoro è merce: dunque il lavoro è suscettibile di scambio. Cioè bisogna proprio capovolgere i termini logici dell'argomentazione.

Ed è chiaro: non vi è scambio se non tra merci, o cose aventi una propria autonoma vita economica (così come è « cosa » ciò che ha propria autonoma vita giuridica): perchè sono solamente queste che si possono considerare a sè, isolatamente, e quindi si possono trasferire da una mano all'altra. Chi ha asserito che l'energia elettrica è cosa ha proprio dovuto tentare la dimostrazione che l'energia elettrica si può staccare, separare dalla fonte che la produce: è allora solamente che può passare da una mano all'altra, può essere barattata. Che si consumi poi coll'uso, o che possa essere ulteriormente conservata, malgrado l'uso, ciò poco importa, perchè è fenomeno che oltrepassa quello dello scambio. Importa solo la possibilità che si tratti di qualcosa che può avere vita propria, autonoma, che può spezzare impunemente i vincoli che la legano a chi l'ha creata, per passare ad altro soggetto. Tutto ciò è così chiaro, che mi vien quasi fatto di domandarmi se per caso non sono io che piglio un granchio. In questo momento, col non avere bene afferrato il pensiero de' miei contraddittori. Eppure non mi par che sia così: il lavoro è oggetto di transazioni economiche, insegna il Valenti; quindi è un bene ¹⁾.

op. cit., p. 529, respinge la teoria della domanda e dell'offerta, osservando che « il rapporto del lavoratore col suo lavoro rimane sostanzialmente differente da quello del venditore colla sua merce ». Ciò che è una confessione che scalza un pochino il concetto, nel DARGUN così crudamente espresso, del lavoro-merce. Ma, ripetiamo, non occorre eliminare la legge della domanda e dell'offerta, per chi ammette che il lavoro non è merce.

¹⁾ I servizi sono beni soprattutto perchè « come beni si considerano in pratica, dando luogo a transazioni economiche ». *Principi di scien. econom.*, 1909, p. 113. Naturalmente non mi preoccupo qui di fare citazioni esaurienti. Ricorderò, così a caso, il WAGNER, *Allgem. oder theoret. Volkswirtschaftslehre*, p. 28: se bene economico è un mezzo di soddisfacimento dei bisogni che si può ottenere solo con sacrificio proprio, il lavoro è un bene economico. Anche qui l'argomentazione logica è capovolta.

Ma no: di certo vi ha solo che lo scambio presuppone che si tratti di merci, di cose, di beni¹⁾. Ma rimane poi a vedere se il lavoro sia merce, cosa, bene. Che esso sia suscettibile di scambio, considerato a sè solo, come produzione reale, effettiva di lavoro, sarà da ammettere solo in quanto sia bene; diversamente sarebbe fare dell'effetto la causa, e della causa l'effetto. È questo il vizio logico che mi pare, a mio avviso, di poter rinfiacciare a quegli economisti che, seguendo la scuola socialista (la quale del resto si ispirò a scrittori anteriori)²⁾, ammettono il lavoro-merce. Io capisco del resto come esso sia nato, e abbia messo radici così profonde. Si è inteso che tra il lavoratore e l'industriale vi è uno scambio: ma si è qui pure attnata, senz'altro, la terminologia, e con questa in realtà i concetti propri allo scambio tra compratore e creditore; come qui si concentra il valore trasmesso nella cosa venduta, così là si è subito fatto del lavoro, per sè, la cosa trasmessa. Non si è sottolineato gran che; si è voluto prescindere dalla realtà con un'astrazione che ha condotto anche a concepire un « mercato del lavoro ». Ma dunque vi è uno scambio, nel contratto di lavoro? E allora come possiamo prescindere dall'aver già precedentemente risolto che il lavoro è cosa, cioè è suscettibile di scambio? Tutto sta a vedere dove sia lo scambio, quali siano i suoi termini; sull'uno non c'è dubbio, è il denaro, o ciò che funge da retribuzione. Il dubbio è invece sull'altro termine. Ed è qui che sono nati gli equivoci.

Si badi, anzitutto, che noi presupporremo qui l'ipotesi più complessa e più semplice (nello stesso tempo), data da ciò: che si tratti di lavoro puro e semplice, quindi o di lavoro su materia altrui (che è la regola per il lavoro proletario a cui alludono gli economisti), e più esattamente di quello che si attua nella locazione di opere (a lavoro subordinato); oppure di puri servizi. Lasciamo dunque da parte il caso di lavoro fatto su materia del lavoratore, che si attua nella locazione d'opera (lavoro autonomo). Qui vi ha, oltre al lavoro, anche la consegna di una cosa (dell'*opus*), e nessuna difficoltà può sorgere quanto all'applicazione del concetto di scambio. In questa ipotesi, infatti, la permuta è del prodotto col denaro, non del lavoro che si voglia considerare in esso incorporato. Anche questa è un'espressione molto corrente nella dottrina economica e giuridica, ma un'espressione a cui bisogna dare l'importanza che merita: perchè il lavoro (l'abbiamo già sopra notato) non si incorpora nella materia, così come non

¹⁾ RICCA-SALERNO, cit., p. 3. Il ritenere che il lavoro non è merce, e poi ammettere lo scambio tra lavoro e merce è perciò una bella e buona contraddizione. Così ad es. BETOCCHI, *Il contratto di lavoro*, p. 21.

²⁾ Cfr. RICCA-SALERNO, cit., p. 210.

si stacca dall'artefice. Non vi è stata se non una modificazione della materia, prodotta dal lavoro: è quella, non questo che passa nel mondo esteriore; ed è la cosa tutta quanta così modificata che viene trasmessa ¹⁾.

Ma veramente questo concetto, riservato alla locazione d'opera in cui l'artefice somministra la materia, è stato generalizzato, anzi applicato proprio al contratto di lavoro dell'operaio o del proletario in genere, che non dà se non servizi, o elaborazione di materia altrui; ciò proprio a proposito del nostro argomento. Si dice: l'operaio non vende sè stesso, bensì il risultato del suo lavoro; non è il lavoro in sè che cade in considerazione, ma nel risultato che può normalmente produrre, a seconda delle singole categorie di lavoratori. Il Guyot ²⁾ ad es. osserva che il lavoro non è merce perchè non cade giuridicamente in considerazione: non è il lavoro come sforzo muscolare o intellettuale che interessa il creditore, ma il suo risultato; è in vista di quest'ultimo che il contratto si forma: il lavoro non ha altra importanza che per chi lo presta, è un fatto suo interno, che riguarda solo lui.

Bisogna sapere che il Guyot (e lo vedremo più avanti) è un fervente propugnatore della « commercializzazione del lavoro ». Nulla di strano, quindi, che sia indotto a vedere già il sistema di lavoro oggi vigente colla lente del lavoro autonomo; che quindi sia indotto a esagerare questo concetto. Di vero c'è che il lavoro non è scopo a sè ma mezzo e fine, cioè per un dato risultato; che in base a questo risultato è remunerato il lavoro; e che questo risultato esercita una notevole influenza nella disciplina giuridica del contratto nostro. Ma il lavoro, come sforzo, è pur sempre l'elemento primordiale e fondamentale, anche laddove sia promesso solo un risultato determinato (un'*opus*): il risultato è preso in considerazione, dal lavoratore, solo come una sintesi di una probabile quantità di lavoro.

Dunque, quanto al lavoro puro e semplice, escluso che questo sia uno dei termini dello scambio, dovremo cercare il termine dello scambio

¹⁾ L'EMERICH, *Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem bürgerl. Gesetzb. (1899)*, p. 2, osserva che il lavoro dell'artefice non è trasmesso al committente (la questione è vera, si intende, non per il solo lavoro autonomo della locazione d'opera), ma è incorporato nella cosa, essendosi l'energia di lavoro separata dal suo autore, e avendo con ciò perduta la sua autonomia col diventar parte integrante della cosa. È un'espressione ridondante, esuberante: il lavoro non si separa da chi lo pone in essere, perchè non è che un suo atteggiamento. È vero invece che il lavoro riceve la sua importanza dalla modificazione operata sulla materia: il suo valore, leggesi nel *Rechtlexikon* di POSENER (Berlino 1900), è la differenza in più da esso impressa alla materia. Perciò si conclude, esattamente, che non è bene economico, non essendo autonomo mezzo di produzione.

²⁾ *Conférs du travail*, p. 22.

altrove: perchè o, come il Sax ¹⁾, per tener fermo al lavoro in sè considerato, come termine di scambio, escludiamo quest'ultimo (non essendo il lavoro una merce); o, se il ragionamento del Sax non ci convince, e vogliamo proprio cercare di dar corpo alla sussistenza di uno scambio nel contratto di lavoro, dobbiamo cercare qualche altra via d'uscita ²⁾.

E io credo che una via d'uscita ci sia, anche a voler restar fedeli a uno scambio. Infatti non è già il lavoro; non è neppure la « prestazione » del lavoro, che è pur sempre un atteggiamento dell'uomo, e si confonde col lavoro stesso; è la « promessa del lavoro » che è termine di scambio. Si dirà che la promessa è un fatto dell'uomo, così come il lavoro: è una forma di attività. Ma qui alludo alla promessa obbligatoria; anzi, più esattamente, all'obbligazione che risulta dalla promessa. È un concetto giuridico? Certo: ma non vi vedo gran male a farvi ricorso. Non so se sia un desiderio troppo unilaterale da giurista: ma io vorrei che si attuassero vincoli anche più intimi tra l'economia e il diritto: l'uno, come ho rilevato già, presuppone strettamente, intimamente l'altro. Il diritto sarebbe un guscio senza tuorlo, quando si

¹⁾ Nella *Bibl. dell'Econom.*, Serie V, vol. 15.^o, p. 175 sg.

²⁾ Il RICCA-SALERNO, che esclude il lavoro sia merce, ha conciliato ciò con lo scambio sostenendo che questo avviene tra ricchezza presente (salario) e prodotto futuro; il capitalista dà parte della ricchezza presente, come remunerazione del lavoro; e il lavoratore dà il prodotto del suo lavoro futuro. Questo è il perno di tutta l'opera del RICCA-SALERNO sul salario. Nello stesso senso, già prima del RICCA-SALERNO, cfr. BÖHM BAWERK, in parte confutato dal GRAZIANI, in *Nuova Antologia* (1907), 32.^o, p. 229. Ora che il lavoratore dia il prodotto può intendersi o come rinuncia alla proprietà della parte di prodotto che spetterebbe al lavoratore (sarebbe la teoria dello CHATELAIN, a suo luogo, p. 69, 80, 178, combattuta); oppure come promessa di elaborazione di prodotti futuri. In altre parole, il prodotto sarebbe preso in considerazione come il risultato del lavoro promesso, poichè in quello scambio cui allude il RICCA-SALERNO è evidente che della produzione non sarebbe presa in considerazione se non quella parte che è dovuta all'opera del lavoratore. Insomma con questa seconda interpretazione si considera il lavoro concentrato nella ricchezza futura. Dire che il capitalista dà ricchezza presente per avere il prodotto futuro, per lui di maggior pregio che la ricchezza presente data come salario, è una formula ampiamente sintetica che il giurista come tale non può accogliere: perchè del prodotto futuro il lavoratore non dà che la parte che lo concerne, cioè la sua elaborazione. E allora perchè non ammettere il collegamento della presente offerta del lavoratore col futuro prodotto nella forma di « promessa vincolativa di elaborazione »? Del resto è sintomatica la frase dello stesso RICCA-SALERNO, in cui il contratto di lavoro è tratteggiato come cessione di ricchezza presente (salario) « in iscambio sotto forma di anticipazione per l'esercizio del lavoro... », p. 4. Come si vede è lungi da me l'idea di una critica economica, qui, alla teoria del RICCA-SALERNO; qui mi limito a saggiarne gli elementi dal punto di vista della loro utilizzabilità per parte del giurista. E, ripeto, presuppongo dimostrato che nella teoria del RICCA-SALERNO non vi sia un'eco della dottrina a cui si è ispirato lo CHATELAIN; ciò che, forse, è molto discutibile; la promessa del prodotto appare, a tutta prima, più come promessa della proprietà, che del lavoro.

volesse separarlo dal fenomeno economico, che ne è così gran parte, se non parte esclusiva; l'economia, scompagnata dal diritto, un tuorlo senza guscio. E mi pare che questo sia uno dei casi in cui è proprio il diritto che viene in sussidio dell'economia a integrare e render possibile il fenomeno dello scambio¹⁾. Supponete (per una fantastica ipotesi) che il diritto non tuteli la promessa di lavoro: vi sarà scambio solo se il lavoro è dato, e il prezzo è poi pagato (qualcosa che assomiglia ai contratti innominati del diritto romano)? Non mi pare. Perché non si permuta l'attività dell'uomo, cioè l'uomo contro denaro, così come, a propriamente parlare, non vi è un vero « mercato del lavoro ». Dico il vero, questa espressione mi ricorda l'esposizione o l'offerta che di sé fanno certe categorie molto umili di lavoratori (facchini, braccianti, modelle, ecc.) in certi luoghi pubblici, un'usanza che tende a scomparire, e che, in certe circostanze, allo spettatore rammenta un pochino il mercato degli schiavi. Per quest'ultimo sì che vi ha mercato del lavoro, cioè dell'uomo (io rimango sempre fedele a questa parificazione); per uomini liberi, come è oggi, non si può discorrere se non di offerte di lavoro. L'aver a questo proposito mutuato al mercato delle merci la parola « mercato » rende certo incisivamente chiaro il concetto, ma a scapito della esattezza.

Osservazioni da pedante, forse. E sia pure. Certe espressioni sono ormai così entrate nell'uso comune, che non se ne può ormai fare a meno. Mi importa solo che sia ben chiarito come un'espressione, che ha un significato traslato²⁾ e convenzionale, presa alla lettera e in conflitto con la realtà, e un pochino, mi pare (sempre se la si vuol prendere alla lettera) colla dignità del lavoratore. L'uomo non si vende; offre il suo lavoro, e lo promette obbligandosi, se la promessa è accettata. Distinguiamo i due momenti. L'offerta (che è fatto umano, quindi non è cosa) inizia, o, meglio ancora, è la risultante di un conflitto di interessi tra il lavoratore e il capitalista: il lavoratore che corre dietro al capitalista si accontenterà di scarsa mercede, e il capitalista che corre dietro al lavoratore dovrà pagarne una elevata. Ecco

¹⁾ Il KOHLER, *Lehrbuch d. deutsch. bürg. Rechts*, II, p. 7, insegna che il lavoro in sé può essere un bene economico (« Lebensgut »); che esso e gli « stati » non possono essere oggetto di vendita e di permuta, ma lo sono del contratto di lavoro. Ma il KOHLER allude qui a ciò: che può l'uomo solo impegnarsi a produrre quegli stati e quel lavoro.

²⁾ Questa è niente di più, a mio avviso, è la portata di questa espressione così comune e comoda e chiara del « mercato del lavoro »: è evidente che indurre da essa la qualità di merce pel lavoro sarebbe un risalire a ritroso nel processo logico dall'argomentazione. È certo che su coloro che per i primi l'adottarono influì la teoria del lavoro come merce: senza questa teoria quell'espressione, di cui ormai non si può più far a meno, non sarebbe forse neppur nata; o almeno sarebbe più chiaro nella coscienza di chi adopera il significato traslato.

la legge della domanda e dell'offerta, che certamente (sia pure con taluni propri atteggiamenti, come si asserisce) fa sentire il proprio terribile dominio nel periodo preparatorio del contratto di lavoro ¹⁾. Poi il contratto è stipulato; con esso si è scambiata una promessa di lavoro contro una promessa di retribuzione (o, in qualche caso, contro la prestazione del denaro) ²⁾. Ed ecco due rapporti obbligatori, che si appuntano ai soggetti che hanno promesso, ma hanno vita economico-giuridica autonoma, esterna all'uomo: questo, come si capisce, in grado maggiore per la mercede che per il lavoro ³⁾. Per noi giuristi questo si è uno scambio di valori, ognuno dei quali è commisurato sul soggetto che proietta la propria personalità sia come attitudine o abilità di lavoro, sia come solvibilità sul rapporto obbligatorio che a lui mette capo. Qui vi è rapporto di scambio, e giuridicamente nesso di onerosità. Si vuol proprio dire che lo scambio è tra lavoro e mercede? ⁴⁾. Se si intende quest'espressione alla lettera, è un errore, così come è inesatta quella di « mercede del lavoro ». Se si intende invece che è espressione convenzionale, invece di promessa obbligatoria di lavoro e mercede, vada per quell'espressione. Ma, ripeto, con questa intesa: cosicchè non si potrà più inferire da quell'espressione che, dunque, il lavoro è cosa o mercede.

173. E così siamo venuti alla conclusione che il lavoro, essendo inseparabile dall'uomo, non ne è che una qualità, un atteggiamento, un

¹⁾ Non si capisce dunque perchè, come ritiene il LEROY-BEAULIEU nel suo *Traité*, II, p. 256, il concetto del lavoro-merce sia indispensabile per far capire come il suo prezzo dipenda da cause più generali e precise e permanenti, meno individuali dunque, che non il sentimento di benevolenza tra padroni e operai. Ma di ciò — oggi specialmente! — nessuno dubita. Ognuna delle parti nel contratto di lavoro è determinata esclusivamente dall'impulso egoistico del proprio interesse; anche qui si ha una lotta di egoismi: l'atteggiamento permanente di lotta non è certo un sintomo della benevolenza. Ma per arrivare a ciò occorre proprio separare il lavoro da chi lo produce? Il RICCA-SALERNO, cit., p. 200 seg., dal concetto che il lavoro non è merce è stato indotto a negare per il contratto di lavoro la legge della domanda e dell'offerta. Comunque mi limito qui a un puro accenno.

²⁾ Non il lavoro è dunque permutabile contro denaro; lo è invece l'obbligo di lavorare, che costituisce un bene economico che penetra durabilmente nel patrimonio del capitalista.

³⁾ Che l'obbligo della prestazione di lavoro non sia, di regola, separabile dal soggetto che l'ha assunto si riconnette alla natura speciale della prestazione eminentemente personale, non già alla natura di « obbligazione », che tollera, di regola, la trasferibilità ad altri soggetti, se non prevale una prestazione personale.

⁴⁾ Anche il JHERING pare a tutta prima non abbia saputo elevarsi al di sopra del comune linguaggio pseudo-giuridico degli economisti, laddove insegna che i romani ignorarono « l'élevation du travail au rang d'objet d'échange juridique sans la forme du contrat de services... ». *Esprit de droit romain*, III, p. 125. Ma, si noti, il JHERING allude a scambio giuridico. Ciò lascia anche sospettare che egli abbia alluso appunto allo scambio delle promesse obbligatorie.

modo di essere, per sè non autonomo, nè suscettibile di autonomo trattamento giuridico. Non è cosa, ma una forma di prestazione. La conseguenza, già più volte affermata, è che dunque la persona a cui il lavoro è stato promesso non potrà vantare un diritto sul lavoro, come se questo fosse oggetto di diritto, cioè « cosa ». In quanto precede è già delineato quella che è, a mio avviso, la vera rete giuridica che assicura il lavoro alla persona a cui il lavoratore l'ha promesso, non già in forma di una signoria sulle energie di lavoro ¹⁾, ma di una pretesa che l'un contraente ha a che l'altro, il lavoratore, assuma quel dato atteggiamento che si chiama « prestazione del lavoro », così come gli è stato promesso; insomma un diritto di credito, il diritto a una prestazione, un diritto relativo, e non assoluto; non assoluto come potrebbe essere quello che l'uomo ha alla libera attuazione delle proprie energie di lavoro. Questi due diritti, identici in apparenza, strutturalmente sono diversi, perchè il diritto del lavoratore è un'emanazione del diritto generale che ha l'uomo allo sviluppo normale della propria personalità, all'esercizio delle proprie facoltà ²⁾. Invece il diritto del creditore del lavoro non è che un semplice diritto di credito ³⁾; ed ecco come la persona del lavoratore necessariamente rientra nella posizione contrattuale; rientra perchè il creditore può pretendere che il debitore dia il lavoro, e questo debbono riconoscerlo anche i nostri contraddittori. La persona del lavoratore, cacciata dalla porta con questa illusione del lavoro-merce, di una vendita del lavoro-merce, rientra in questa guisa dalla finestra. Ad ogni modo, ripeto, la persona del lavoratore rientra nella posizione contrattuale solo nei limiti del concetto di obbligazione, ossia di diritto di credito del contraente a cui il lavoro è destinato.

Naturalmente a questa conclusione non perviene tra noi il Carnelutti. Il quale osserva che l'aver negato al lavoro umano la qualità di cosa, di oggetto di un diritto è dipeso dall'essersi confuso la prestazione che è il contenuto dell'obbligazione con l'oggetto della prestazione; che tanto il « dare » che il « fare » constano di due elementi: la

¹⁾ HELLWIG, *Die Stellung des Arztes im bürgerl. Rechtsleben*, 1905, p. 3. Il concetto di un diritto reale a favore del destinatario del lavoro, vero solo dove si ammette la schiavitù, ha avuto però delle propaggini almeno verbali posteriormente: così il diritto di rivendicazione del « compagnon » fuggito, nel sec. XVIII in Francia.

²⁾ Conforme HELLWIG, op. e l. cit.

³⁾ Il diritto del lavoro non ha nulla a che vedere col diritto delle cose. Checchè ne pensi quell'ottimo giurista che è il CARNELUTTI, io credo proprio che abbia ragione il SINZHEIMER, di lodare il LOTMAR, per avere unificato il contratto di lavoro (a questo erano mirati anche i miei intenti, colla 1.^a edizione di questo trattato), e con ciò aver separato nettamente in due categorie distinte il diritto del lavoro (obbligazioni) e il diritto delle cose. Cfr. in *Arch. für das bürgerl. Recht*, 1910, p. 314.

prestazione (il venditore si presta a che la cosa sia presa dal compratore, il lavoratore a che il lavoro sia utilizzato), e l'oggetto della prestazione (la cosa nel « dare »; quindi il lavoro nel « fare »).

Io pure (pur premessa la mia persuasione sulla scarsa importanza pratica di questa discussione, come già da altri fu rilevato) sono ad ogni modo convinto che prestazione e oggetto non vadano confusi. Ma anzitutto questo ragionamento del Carnelutti include una petizione di principio, o, meglio, un erroneo accostamento: le energie umane stanno al lavoratore, nella prestazione, come la cosa al venditore; dunque come questa, così anche il lavoro è una cosa. Adagio: bisogna prima dimostrare che le energie umane stanno, con chi le dà, nella medesima relazione che una cosa. Ciò è affermato, ma non ancora dimostrato, con quel ragionamento. E, inoltre e soprattutto, quella confusione non va fatta per altre ragioni, che mi conducono a ben altro risultato. Anch'io infatti non accolgo la comune affermazione¹⁾ per cui l'oggetto dell'obbligazione è la prestazione: non l'accolgo, si intende, in quanto « oggetto » si assuma nella sua significazione tecnica com'è qui il caso (si discorre di credito, non di contratto); che se con esso intendiamo in genere lo scopo o la meta cui tende col diritto l'uomo, allora c'è rischio che ci si possa intendere. Ma oggetto in senso proprio non è la prestazione, perchè questa è un contegno che può essere (ed è per lo più) azione o attività dell'uomo, che non è (e qui son d'accordo col Carnelutti) cosa, cioè suscettibile di essere oggetto del diritto²⁾. Si deve invece dire che contenuto del diritto di credito è la facoltà di esigere da una persona un dato atteggiamento che si chiama prestazione: la prestazione a sua volta, quando miri alla consegna di qualche cosa (sia un puro « dare », sia un dare preceduto da una prevalente *faciendi necessitas*) si riferisce a una cosa, cioè la prestazione, quest'azione dell'uomo, cade su una cosa, ha per sua meta quest'ultima. In questo senso si può anche dire che la prestazione di fare cade, ha per obbiettivo le energie puramente e semplicemente, considerate in sè e nel loro risultato, del debitore. Ma questo non è il concetto tecnico di « oggetto »: la prestazione è un *quid facti*, non già un diritto soggettivo; è insomma l'obbiettivo, non l'obbietto³⁾. Con ciò cade, dunque, la parificazione tentata dal Car-

¹⁾ Così ad es. il FILOMUSI-GUELFI, *Lezioni litograf. del 1908*, p. 504. E specialmente il POLACCO, *Le obbligazioni nel dir. civ. ital.* (II ediz., 1914), p. 184: la prestazione è oggetto dell'obbligazione; le cose o i servizi sono il contenuto della prestazione, cioè l'oggetto mediato.

²⁾ Di opinione non conforme sono FADDA e BENSA (Note a VINDSCHIED, *Pandette*, I, p. 604): oggetto di diritto può non esser la cosa, come ad es. nel diritto privato non patrimoniale; così oggetto della patria potestà è il figlio.

³⁾ Anche il POLACCO, cit., richiama l'attenzione su questo duplice significato, proprio e improprio, dell'« oggetto ». La cosa o il servizio non sono oggetto del-

nelutti, e che gioca un po' sull'equivoco, cioè sulla confusione tra questi due diversi modi di intendere la parola « oggetto ». Che se noi vorremo proprio assumere oggetto nel senso di « cosa » potremo al più farlo per la prestazione di « dare una cosa » (dove abbiamo la prestazione come atto intermediario diretto a procacciare la signoria sulla cosa: qui vi ha la cosa come l'« oggetto indiretto » dell'obbligazione); ma non mai per quella di un puro « fare » (servizio): eliminata la fallace suggestione di quella parificazione, ritorna a galla la necessità di distinguere il lavoro umano da ciò che è cosa, cioè appartiene al mondo esteriore all'uomo ¹⁾.

Io capisco come il Carnelutti si sia lasciato andare a un'andace ²⁾ affermazione come è questa. Esso è partito dal punto di vista per cui se le energie sono inseparabili dal corpo umano, essendo un suo modo di essere, l'uso delle energie altrui (in che si sostanzia la facoltà tipica del creditore del lavoro) verrebbe ad essere l'uso del corpo umano, quindi quest'ultimo sarebbe l'oggetto del contratto di lavoro. Ma in ciò, se non erro, sta una concezione non moderna della utilizzazione di energie altrui o di cosa altrui, cioè di quello che è la « locazione »; e infatti l'affermazione novissima del Carnelutti è preceduta dalla dimostrazione che tenderebbe ad escludere la sussumibilità del contratto di lavoro sotto la locazione. Su questo punto tornerò ancora più avanti. Qui mi basti l'asserire come l'utilizzazione delle energie di lavoro, in quanto locazione, non presupponga necessariamente un'affermazione di potere sulla fonte di energie, limitandosi ad essere la pretesa a un dato atteggiamento. Si vuol chiamare questo l'uso del

l'obbligazione, ma, al più, oggetto mediato. Del resto, ripeto, siamo perfettamente d'accordo col POLACCO e col PEROZZI circa il bizantinismo in sé di questa discussione sull'oggetto dell'obbligazione, che però nel nostro argomento riceve una luce speciale.

¹⁾ Ammettere come oggetto del credito la prestazione varrebbe quanto ritenere oggetto la persona del debitore. Il che, veramente, è stato anche affermato: l'uomo, scrive il CAMPOGRANDE (cit. dal RAVÀ, in *Riv. it. p. le sc. giurid.*, 1901 [XXXI], p. 37), può essere, come ci ammaestrerebbe l'esperienza quotidiana, oggetto, sia pure temporaneamente e parzialmente, di diritto; e si cita appunto il contratto di lavoro in cui oggetto del diritto è l'operaio, e il matrimonio. In realtà la signoria sulle persone, oggi, non è che diritto a una prestazione: come osserva benissimo il RAVÀ (op. cit., p. 43) quella signoria si può ammettere solo nel senso che la persona non debba subire un *factum*, ma sia obbligata. È diritto *verso*, non *sulla* persona. Il RAVÀ ammette l'una e l'altra cosa, ma veramente nel suo *ragionamento* c'è un salto logico: se la persona è solo obbligata, come mai è oggetto di diritto? Anche il BONFANTE ha sostenuto che oggetto dell'obbligazione è la persona del debitore (*Le obbligazioni*, lezioni del 1911-1912, p. 26 sg.); sarebbe un asserimento limitato agli scopi del creditore. Ma con questa limitazione non volatilizza il concetto della persona come oggetto?

²⁾ La scienza del diritto ha bisogno di pionieri, di esploratori ardimentosi: ma non so se con dei paradossi, in cui tuttavia ammuro l'ingegno, al diritto si giovi, o piuttosto, talora, si nuoccia.

corpo, in quanto il godimento della qualità di una cosa è godimento della cosa? Ma se noi per « uso » intendiamo la « utilizzazione », cioè il fatto che le utilità sono incanalate verso altra persona che le raccoglie, sia pure; purchè non vi si veda quell'accenno ad un assoggettamento che ha reso ai più ostica l'estensione della locazione al lavoro umano. Ma di ciò, ripeto, a suo luogo.

La conclusione è che quando la dottrina insegna che il diritto di credito concede una signoria sull'agire di una persona non dovrebbe alludere certo all'attività di quest'ultima come oggetto (cioè « cosa »). Lo ha potuto pensare, almeno così è da ritenere, il Brentano ¹⁾, che, partendo dal suo concetto surricordato ²⁾ di lavoro, ammette un parallelismo fra l'uso del lavoro e l'uso di un capitale, riconoscendo che l'uso presuppone in ambo i casi la piena signoria, come sul capitale, così sulla persona del lavoratore: « chi vende ad altri il proprio lavoro gli cede con ciò la signoria sulle proprie energie di lavoro », cioè « su tutto l'uomo in tutto il suo essere fisico, morale, intellettuale e sociale » ³⁾. Anche il Marx sostiene che il lavoro è merce; perchè sia tale occorre che il lavoratore sia proprietario della sua potenza di lavoro, e possa disporre della sua persona; vendendo il lavoro vende la sua persona, si fa schiavo, si trasforma da proprietario di merce in merce ⁴⁾. Il Weber, rigorosamente logico come il Marx, dice che l'industriale, comperando il lavoro, compera fino a un certo punto l'essenza personale del lavoratore ⁵⁾. Qualche cosa di simile ha detto anche lo Horkner ⁶⁾, il quale insegna che l'industriale col contratto di lavoro acquista il diritto di disporre di una data forza di lavoro, cioè un diritto di disporre in qualche modo della personalità del lavoratore.

¹⁾ Le idee del BRENTANO su questo punto sono state accolte integralmente dal BONCOUR, *Le fédéralisme économique*, 1900, p. 81 sg.

²⁾ Cfr. sopra, p. 26.

³⁾ È probabilmente a questo che allude il BONFANTE, di cui sopra (p. 470, nota 1) abbiamo ricordato la teoria circa la persona come oggetto dell'obbligazione.

⁴⁾ Op. cit., p. 6. E più avanti il BRENTANO ribadisce ancor più crudamente il suo pensiero (p. 12): chi acquista l'uso di energie di lavoro, siccome queste sono inseparabili dall'uomo che le produce « afferra in pari tempo il possesso della sua persona, e decide circa la sua attività o inerzia ».

⁵⁾ Il ROSCHER, *Grundlagen der Nationalökonomie*, I, 1886, p. 408, scrive che è proprio della sofistica socialista questa trasformazione del lavoro-merce nel lavoratore-merce. Ecco: che questa trasformazione sia coerente col punto di vista dal quale la critica socialista dell'odierno assetto economico si colloca, è certissimo. Ma, a mio avviso, è altrettanto logica: data l'inseparabilità del lavoro da chi lo produce, a voler fare del lavoro una merce, bisogna comprendervi anche il lavoratore.

⁶⁾ *Kampf zwischen Kapital und Arbeit*, p. 122.

Veramente che l'industriale da sè disponga, quanto alle condizioni di luogo, di tempo, di igiene, di modo del lavoro, ecc., non è completamente vero; la bilateralità del contratto va sempre più affermandosi, benchè non vi sia ancora piena eguaglianza tra le parti. Ma fosse anche vero, non condurrebbe certo a quella concezione di una signoria sulla persona tutta quanta. In tanto imperversare di critiche acri e troppo spesso appassionate contro l'odierno assetto economico, di cui il « contratto di lavoro » è l'esponente più tipico, non è male, mi pare, dissipare qualche errore di cui quelle critiche si sono avvalse ⁴⁾. Perchè, si noti, è vero che siamo qui di fronte a inesattezze apparentemente solo di formulazione: ma intanto è frequente l'asserzione, sulla base di esse, che l'attuale assetto economico asservisce il lavoratore al capitalista, facendo di quello uno schiavo, e che, soprattutto, è il diritto che a ciò si presta, come emanazione della classe capitalistica.

In realtà, quando si dice che l'industriale dispone della vita, della persona dei lavoratori, per l'esattezza giuridica dobbiamo avvertire che queste non sono che frasi in cui si esprime con molta energia il concetto proprio dell'obbligazione in genere, e del contratto di lavoro tecnicamente non autonomo (locazione di opere) in modo speciale: cioè la *obligatio*, la subordinazione, che non è signoria sul debitore, ma diritto a che il debitore incanali la sua attività a profitto del creditore in quei limiti che l'obbligazione contiene, insomma il diritto al lavoro, non sul lavoro.

E le conseguenze pratiche di questo concetto sono evidenti: l'industriale non ha nessun diritto di disporre della personalità morale e della integrità corporea del lavoratore, perchè appunto non ha un diritto sulla persona. Esso non può pretendere se non una attività che assolutamente non menomi nè la personalità morale, nè la coscienza, nè l'integrità corporea dell'operaio. Tuttavia, che in conseguenza della prestazione del lavoro questa integrità rimanga scossa per necessità di cose, fatalmente, perchè il contrario sarebbe assolutamente incompatibile coll'adempimento del lavoro, può essere: vuol dire che in tal caso l'operaio può avere, con una più lauta mercede, assunto, almeno in parte, questo rischio. Ma di regola l'industriale deve permettere la reintegrazione delle forze fisiche (sempre per il medesimo principio); e inoltre mai, per nessuna ragione, può esigere un lavoro che offenda o menomi la personalità morale del lavoratore. Non vi è lavoro che per necessità comporti una siffatta menomazione,

⁴⁾ E a cui, del resto, hanno dato appiglio formule forse energicamente descrittive di uno stato di cose abusivo, ma che ad ogni modo non possono servir di base a una serena ricostruzione giuridica. In siffatte espressioni ci siamo già sopra imbattuti, p. 457, nota 2.

e una assunzione, per parte dell'operaio, di questa menomazione (quando proprio sussista) sarebbe nulla.

Questa, a grandi linee, la portata pratica della discussione teoretica che abbiamo fatto sin qui, e che non posso ulteriormente sviluppare, perchè non ne è questo il luogo. Ma mi premeva l'avervi accennato per chiarirne tutta la grande importanza pratica; per dimostrare, anche, come certe discussioni teoretiche, di fronte a cui il pratico troppo spesso rimane perplesso, abbiano la loro importanza.

174. Dunque la pretesa ad una data attività di lavoro (in sè o nel suo risultato di lavoro considerata) esiste ¹⁾, e esiste proprio come elemento sostanziale negli effetti del contratto di lavoro; senza peraltro che questa signoria si traduca in una signoria sulla persona. E non credo praticamente opportuno esaminare se sia almeno una signoria sulla volontà, in quanto il creditore possa esigere che il debitore assuma un dato comportamento, positivo o negativo. Comunque, anche ciò ammesso, ripeto che questo concetto di signoria non deve scandalizzare i sentimentali, e non sono pochi, tra gli studiosi del contratto di lavoro, quasi si trattasse di una resurrezione di antichi stati di soggezione: è quella medesima signoria in virtù della quale il creditore della mercede (il lavoratore) può pretendere dal suo debitore, a lavoro fatto, il pagamento della mercede. Nessuna differenza tra i due casi, salvo questa, e per verità non di piccola importanza: che il debitore della mercede adempie all'obbligo suo con una prestazione che è istantanea (pagamento della retribuzione) e che inoltre non presuppone necessariamente un intervento diretto della sua persona nei rapporti col lavoratore, mentre il debitore del lavoro adempie la sua obbligazione con una prestazione che involve un intervento continuo, duraturo della persona ²⁾. La cosa assume una speciale importanza nella locazione di opere, cioè nel contratto di lavoro tecnicamente subordinato: qui è lo stesso creditore del lavoro che dirige quella prestazione di lavoro incanalandola a quegli scopi che si prefigge; il contatto di subordinazione, sia pure limitato alla prestazione del lavoro, è innegabile.

¹⁾ Il rapporto obbligatorio che si riferisce all'uomo, ma non si compenetra con esso, può concepirsi come valore economico, come cosa, come merce. Forse è in relazione a questo concetto che vanno intese le parole del VALENTI (*Principi di sc. econ.*, cit., per cui i servizi, essendo suscettibili di obbligazione «pouvo» in qualche modo esser ricondotti alla categoria delle *res incorporales*. In realtà però, come s'è visto, il VALENTI accede alla prevalente teoria economica.

²⁾ E così che il lavoro non è per sè merce, ma il mezzo (prestazione!) onde pervenire, con questo speciale contegno del debitore, a un dato risultato. E dunque mezzo di produzione, non merce; produttore, non prodotto. Così RICCA-SALERNO, *La teoria del salario*, Palermo, 1900, p. 3: «il lavoro non è ricchezza, non è merce nel senso proprio della parola; è fattore primitivo di produzione...». Cfr. specialmente p. 193 sg. Contro cfr. invece SUPINO, *Il capitale-salari*, cit., p. 23.

Questo è appunto l'elemento più delicato, nel nostro rapporto ¹⁾, e che per certi casi ha determinato l'intervento della legislazione sociale. Ma teoricamente anche qui non vi è dal punto di vista giuridico una signoria sulla persona: il rapporto di subordinazione non è che una maggiore intensificazione della pretesa ad un dato comportamento, quindi non esce dalla categoria dei rapporti obbligatori a cui appartiene, ad es., quella medesima signoria che ha l'operaio verso il padrone per il pagamento della mercede ²⁾. In fatto è, pur troppo, possibile che l'esercizio di quel contatto di subordinazione abbia a degenerare in qualche cosa che assomigli a una manifestazione esteriore di signoria sulla persona. E a impedir ciò deve provvedere, più che non le leggi sociali del lavoro, la coscienza nelle due parti del limite preciso dei propri doveri e dei propri diritti.

Come vedremo meglio più avanti, il rapporto di subordinazione va strettamente contenuto entro quei limiti, dati dalla tecnica attuazione del lavoro, che, se implicano pur sempre, in confronto all'obbligazione di dare, una più forte espressione della dipendenza (accennata già nelle parole «vinculum quo necessitate adstringimur..... » della nota definizione latina dell'obbligazione), esclude però sempre quella signoria sulla persona che è tipica della signoria su « cose » (o merci).

In contrario il Carnelutti ³⁾ ha accennato (partendo dal suo concetto che già abbiain visto) a un diritto sulle energie del lavoratore, man mano che questi le sviluppa (non sulla persona); un diritto che potrebbe essere anche quello di proprietà, o almeno un diritto di disposizione. Prescindendo qui dal punto di partenza, al quale come s'è visto non possa aderire, rimane a vedere come questo diritto di disposizione si distingua dalla pretesa alla prestazione di lavoro, all'incanalamento delle energie di lavoro (per parte di chi le dà) verso il creditore. Perchè questo pure è contenuto nella pretesa a una data prestazione di lavoro: si pensi che questa pretesa non è che la giuridica tutela dell'utilizzazione di determinate energie di lavoro; il pretenderne l'esplorazione vuol dire appunto pretendere che il lavoratore destini la sua attività per l'utilità esclusiva del creditore. Perciò mi pare un concetto assolutamente superfluo quello del Car-

¹⁾ LEROY-BEAULIEU, *Cours d'econ. polit.*, II, p. 257.

²⁾ È per eliminare questo elemento di una signoria sulla persona, ritenuto un residuo di altri tempi e di forme economiche ormai superate, che si è negato dal GUYOT, *Le travail et le socialisme. Les grèves*. Liège, 1880, che il contratto di lavoro crei un vincolo personale tra le parti: perchè, pensa il GUYOT, non è il lavoratore che è pagato, ma i suoi servigi. È sempre il suo concetto, già sopra rilevato, mirante a scavalcare il lavoro per non considerarne se non il risultato esteriore. Rimane però a vedere come, dal momento che a questo risultato si arriva solo pel tramite del lavoro, si possa qui prescindere da un vincolo personale.

³⁾ Nella *Rivista di dir. comm.*, I. cit., p. 391.

nelutti, secondo il quale dal contratto di lavoro, accanto a quella pretesa, sgorgerebbe anche « un diritto del creditore sul lavoro rispetto a tutti, cioè un vero diritto assoluto ». Nè gli esempi che adduce mi pare che corroborino una siffatta signoria assoluta. Chi durante la mia assenza utilizza indebitamente il lavoro della mia dattilografa danneggia me, non la mia dattilografa, perchè col fatto suo devia quell'incanalamento di lavoro nella mia direzione, diminuendo il risultato utile cui possa aspirare; lede il diritto mio non già alle energie di lavoro (così come sarebbe se altri deviasse un corso d'acqua che deve venire a me, e sul quale ho un diritto assoluto), ma alle energie di lavoro, cioè alla prestazione di esse ad esclusivo mio favore. È questa la tutela di un diritto *erga omnes*? Certo, se io lo faccio valere contro un terzo e non contro la mia dattilografa¹⁾; ma allora non è che un caso di tutela assoluta anche dei diritti relativi, che altri già ha illustrato, e che non implica menomamente il riconoscimento di una signoria reale su una cosa²⁾. Dunque niente signoria sulla persona³⁾, o sul lavoro.

In conclusione, non è senza meraviglia che leggiamo nel trattato del Rosin⁴⁾ un'affermazione, che se può appoggiare il suo concetto di un possesso del lavoro, è però in contrasto stridente con l'odierno sistema giuridico: l'affermazione, cioè, che il contratto di lavoro possa creare non un semplice rapporto obbligatorio, ma una vera signoria, che nel diritto privato si manifesterebbe a proposito del lavoro compiuto dai figli; nel diritto pubblico a proposito del contratto tra lo Stato e gli impiegati. A ciò va opposto recisamente, quanto alla prima ipotesi, che se si tratta di lavoro la cui attuazione rientra nella giurisdizione della patria potestà abbiamo sì una specie di signoria (« potestà »), che però non è la conseguenza del contratto di lavoro, ma puramente una manifestazione preesistente della patria potestà. Cito qui il contratto di tirocinio, pei minori d'età.

Quanto alla seconda ipotesi siamo di fronte ad un contratto di diritto pubblico, pervaso dall'elemento della sovranità, che è subordinazione e signoria: un caso quindi affatto speciale. Ma, a tacer

¹⁾ Quanto ai rapporti interni colla dattilografa nell'esempio citato, cfr. sopra, p. 85, nota 2.

²⁾ Cfr. su ciò le mie *Istituz. di dir. civile*, 1914, p. 97.

³⁾ Talora ci imbattiamo in espressioni che risentono dell'abitudine di considerare la mano d'opera come una massa amorfa o una materia bruta: in realtà non è che un'astrazione che non ha importanza sostanziale. Così si discorre di opera, di maestranza contratta, ciò in ispecie se il contratto è avvenuto a mezzo di terzi (es. un'agenzia di collocamento). Così l'art. 1 della legge danese 21 agosto 1900, circa l'impiego in Danimarca di mano d'opera straniera discorre di « opera..... contrattati ».

⁴⁾ *Das Recht der Arbeitversicherung*, I, p. 176.

d'altro, bisogna ricordare che questo *status subiectionis* in realtà si manifesta per mezzo di doveri dell'impiegato, di un complesso di rapporti obbligatori: così com'è per la subordinazione del cittadino allo Stato. Anche qui non abbiamo dunque che una pretesa a un dato contegno.

175. Ma non è male vedere più d'avvicino come questa potestà di disposizione sia stata riassunta come « possesso del lavoro »: concetto, questo, del Rosin, che ha difeso la sua teoria con una certa energia ¹⁾. Il Rosin parte dal punto di vista del possesso come « potestà di disporre di fatto », ed entro certi limiti. Dato questo concetto generalissimo il Rosin non si perita di estenderlo sin dove l'applicazione è teoreticamente consentita dal concetto stesso. Che vi sia qui un rapporto di credito, e non un diritto reale, non lo sgomenta: e ammesso il possesso anche per i crediti di prestazioni successive o durature! Quindi si può generalizzare a qualunque rapporto duraturo tra due persone che giuridicamente siano egualmente libere. Ed ecco come l'impiego del lavoratore (la « Baschaftigung ») debba, ai sensi della legislazione sociale che di questo concetto fa largo uso, essere intesa, in quanto rapporto di lavoro, appunto come « possesso dell'energia di lavoro » di una persona, spettante a un'altra persona.

Veramente il Rosin dà qui per dimostrato ciò che ha bisogno, ancor oggi, di una dimostrazione per convincere gli studiosi del diritto: e cioè che, malgrado la lata, eccessivamente lata formula dell'art. 685 (qui mi riferisco, naturalmente, al nostro diritto positivo), per cui il possesso sarebbe l'esercizio di un diritto, il possesso si riferisca anche ai diritti di credito: l'opinione comune tra noi, malgrado la « proprietà del credito » di cui all'art. 1538, è perfettamente contraria; io sono di questo avviso, e mi debbo contentare di questa asserzione nuda, perchè non questo è il luogo per accennare a una dimostrazione ²⁾. Il possesso dunque si riferisce all'esercizio dei diritti reali, e non vedo l'opportunità di estenderlo al caso nostro, laddove almeno

¹⁾ Op. cit., p. 175.

²⁾ Veramente si discorre spesso del possesso ad es. del posto per parte dell'impiegato: cfr. in *Rivista di dir. pubbl.*, 1913, II, 37. Qui possesso sta per esercizio di un diritto, considerato a sè, indipendentemente da questo diritto, ciò che sarebbe consentito dalla lata formula dell'art. 685. Infatti quando dico che non vi ha « possesso » dei crediti, non escludo che possa sussistere la figura dell'« esercizio di un diritto di credito », se si tratti di un credito che assicuri una posizione giuridica a tratto successivo, come è quella dell'impiegato. Dico solo che le regole del possesso, quanto alla tutela possessoria, qui non saranno applicate: che, anzi, non è in genere tutelato l'esercizio del diritto di credito indipendentemente da questo diritto. Nel caso poi dell'impiegato non assistito da un valido contratto di lavoro si danno particolarità nella situazione giuridica che ne avvicinano assai la tutela a quella del possesso, senza con esso confondersi. Su ciò a suo luogo. Cfr. intanto, per qualche relazione, REDENTI, in *Foro ital.*, 1913, I, 1147. Veramente al possesso del posto di impiegato continuato per un certo numero di anni è stato attribuito

sussista quel rapporto di subordinazione cui prima accennavamo. Così opina infatti il Rosin ¹⁾, ma abbiám visto che la disponibilità dell'imprenditore circa la mano d'opera non ha nulla di comune con quella dei diritti reali. Quanto abbiám detto ci dispensa dal confutare l'osservazione che a rincalzo, più avanti, fa il Rosin: che cioè il contratto di lavoro può creare non puramente un'obbligazione, ma un vero rapporto di signoria ²⁾.

E non debbono neppure illudere certe analogie su cui il Rosin si è fermato: così è verissimo che si può dare la disposizione, di fatto, che una persona abbia dal lavoro di altri, senza che questa sia una facoltà di disposizione contenuta in un diritto: si dà lavoro anche senza un contratto valido di lavoro, così come possesso senza la titolarità del diritto reale ad esso corrispondente ³⁾. Si può dare che al creditore del lavoro, giuridicamente tale, sia sottratta la disponibilità del lavoro (es., collo sciopero che distolga forzatamente gli operai non proclivi a scioperare), così come il possesso è sottratto al proprietario. E come il possesso è manifestazione di parecchi tipi di diritti reali, così anche l'esercizio del lavoro può essere l'attuazione di parecchi sotto-tipi di contratti di lavoro.

Queste analogie sono vere: ma non conducono necessariamente a un'identità concettuale: non ogni esercizio di un diritto è appunto quell'istituto disciplinato dal diritto positivo con norme speciali. che è il possesso: questo non si riferisce che all'esercizio di taluni diritti.

Quindi non consento neppure nelle applicazioni che di questa identità concettuale fa il Rosin applicando al caso nostro le regole del possesso. Così: l'inizio del lavoro coinciderebbe coll'inizio della facoltà di disporre per parte del creditore del lavoro; la sua cessazione con la cessazione di questa facoltà. Certo qui vi è nulla da dire sulla assoluta esattezza di queste applicazioni. Ma appunto quelle regole

valore dichiarativo della qualità di impiegato anche in mancanza di una originaria nomina in piena forma legale. Così Cons. di Stato, sez. V, 24 maggio 1911, *Foro ital.*, 1911, III, 226: il pieno possesso sana il vizio originario; il Cons. di Stato anzi ha rilevato il possesso, nel caso concreto, ultra decennale. Un'usucapione? Ecco: il possesso qui ha effetto attributivo come nell'usucapione, non puramente dichiarativo; poichè il possesso integra il titolo nullo (così come nell'art. 2137); come per l'usucapione, si tratta qui di un effetto acquisitivo attribuito al possesso: perciò si tratta di un istituto che rasenta molto d'avvicino l'usucapione. Ma anche tutto ciò ammesso, va notato che il « possesso della qualità di lavoratore » designa qui il possesso per il lavoratore, non per il creditore del lavoro; non è, insomma, che l'affermazione di uno « stato » personale del soggetto (cfr. le mie *Istituz. di dir. civ.*, p. 48-49), non di una signoria reale sul mondo esteriore al soggetto. E tanto basta, per il mio assunto.

¹⁾ Op. cit., nota 3.

²⁾ Op. cit., p. 176.

³⁾ Cfr. su ciò la nota che precede.

non si hanno per una applicazione della disciplina del possesso, ma per la diretta applicazione dei principi riguardanti il lavoro, che qui va considerato non a sè isolatamente, ma come elemento tipico di un rapporto tra chi lo dà e chi lo riceve. Qui non abbiamo che il concetto dell'« esercizio di un diritto ». Ora, perchè intorbidare questo concetto applicandovi istituti che, malgrado l'art. 685, in realtà mal vi corrispondono?

Che io sappia, non è verosimile che nella pratica si siano tentate delle applicazioni di questo concetto di un possesso del lavoro, se si prescinda dall'espressione comune « possesso delle proprie energie di lavoro », nel senso ampio di appartenenza o possibilità di attuazione, che del resto ha nulla a che fare col concetto del Rosin, che, naturalmente, impernia il possesso nel creditore del lavoro, non in chi lo presta. Un caso tuttavia val la pena di essere segnalato, che appartiene alla giurisprudenza sul lavoro della Corte di arbitrato della Nuova Galles del Sud, e che nel Bollettino dell'Ufficio del lavoro è ricordato come applicazione delle azioni possessorie alle condizioni di lavoro ¹⁾. Si trattava di un imprenditore che aveva per conto suo unilateralmente mutate (disturbate, dice, a quanto sembra, il testo) le condizioni di lavoro, appena ebbe notizia della domanda presentata da altri imprenditori della stessa industria alla Corte perchè fosse approvata quella medesima modificazione. Quell'imprenditore avrebbe dovuto attendere che la sentenza della Corte intervenisse; ma fu ammesso in via di equità che quell'anticipato stato di fatto non ancora rispondente allo stato di diritto potesse continuare. La formulazione lascia intravedere che la Corte abbia avuto presente appunto la teoria del possesso, e della turbativa del possesso: ma il riassunto fatto nel Bollettino non contiene altri nuovi elementi oltre quelli tenuti presenti in quanto sin qui si è detto in proposito. In ogni caso abbiamo qui il possesso in un senso ancor differente: applicato non già alla disposizione del lavoro, come fa il Rosin, ma in genere alle condizioni contrattuali. E l'estensione di quell'istituto riesce, quindi, ancor più barocca.

175 bis. Riassumendo i risultati cui siamo giunti, il lavoro è attività del soggetto uomo; la capacità di lavoro è una qualità sua ²⁾; e l'effettivo esercizio dell'attività di lavoro è non già una « cosa » nè in senso economico (merce, bene economico), nè in senso giuridico, ma solo l'attuazione che il soggetto « uomo » fa di una qualità, di un attributo eminente tra le qualità che, tutte insieme, costituiscono la

¹⁾ 1.º marzo 1914, in *Bollett.* cit., 1914, II, 967.

²⁾ L'ABELLO, cit. I, p. IX lascia intendere che « si potrebbe anche configurare quest'energia o potenza di lavoro come una *cosa* possibile oggetto di diritto al pari della cosa corporale ». È un concetto però su cui non insiste.

sua individualità. L'uomo che lavora non fa che porre in atto questo contenuto puramente potenziale della sua personalità. Egli ha diritto di farlo, nel senso (si badi a non equivocare, e confondere questo col « diritto al lavoro » che più avanti ricorderemo, ed ebbe la platonica consacrazione ufficiale in Francia, verso la metà del secolo scorso) nel senso del diritto che ognuno ha all'attuazione e sviluppo della propria personalità. E, così come il lavoro, anche questo diritto è inseparabile dal soggetto, dalla persona che lo esercita ¹⁾.

La conclusione alla quale qui siamo pervenuti ci spiana la via quanto alla soluzione di parecchie questioni. E specialmente quanto alla direttiva che dovremo seguire in via generale, circa il modo di concepire il duplice rapporto scendente dal contratto di lavoro. A questo proposito ci si presentano subito i due problemi concernenti i rapporti e le affinità intercedenti tra il contratto di lavoro e la compra-vendita; il contratto di lavoro e la locazione: vedremo che la conclusione cui siamo giunti, e la discussione fatta per essi, costituiscono l'antecedente logico all'indagine relativa a questi due problemi, dei quali ci dobbiamo occupare subito.

E non per essi solo ci è facilitata la soluzione! Citerò qui, ad es., la questione di una possibile interpretazione estensiva o addirittura analogica tra le regole dell'assicurazione contro i danni ad una cosa, e quelle dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro. Si possono estendere le regole di quella anche a questa assicurazione? Secondo la Corte d'Appello di Genova ²⁾ sarebbe evidente la negativa, poichè l'assicurazione contro gli infortuni non è assicurazione contro i danni, a' termini degli art. 407, 423 e 435 cod. comm. « Fino a che le parole usate dalla legge debbono intendersi nel loro senso, non vi può essere argomentazione possibile, per far ritenere che l'assicurazione dell'operaio sia assicurazione di cosa: l'operaio è persona. Dire che la legge sugli infortuni ha considerato nell'operaio lo strumento di lavoro, la macchina umana, è un traslato retorico, ma non è la mente della legge ». La persona dell'operaio è ben più degna di tutela della macchina: è perciò che, come già più volte ricordammo, e la Corte accenna, la legislazione impone l'assicurazione dell'operaio, ma non delle macchine, « ... evidentemente mirando a un molto più alto fine etico e sociale: la protezione della vita e dell'interesse personale dell'operaio, membro della società umana e civile » ³⁾.

¹⁾ Cfr. in questo senso anche HELFWIG, *Ueber die Stellung des Arztes*, cit., p. 3.

²⁾ Nel caso concreto si trattava di vedere se all'assicurazione contro gli infortuni fosse applicabile l'art. 438 C. comm., che concede all'assicuratore l'azione di regresso verso il terzo che causò il danno. App. Genova, 20 febbraio 1911, *Foro ital.*, 1911, I, 1141.

³⁾ A ciò si ricommette anche la possibilità per il danno alla cosa di un accor-

Altra pratica conseguenza è che nè la capacità di lavoro, nè l'effettiva attuazione del lavoro sono tra i beni di cui, per l'art. 699 codice comm., la gestione è sottratta al fallito di pieno diritto, per effetto della sentenza di fallimento. L'art. 699 allude ai « beni ». E bene (sia nel senso di « cosa » giuridicamente, sia economicamente) non è l'attitudine o l'esercizio del lavoro: invece il Bonelli, che classifica tra i « beni potenzialmente patrimoniali » le attitudini di lavoro, dimostra con ciò di escludere il carattere di bene patrimoniale; ma non, a quanto pare, il carattere di bene ¹⁾. Perciò il fallito può stipulare contratti di lavoro. Fu asserito che per conseguenza la mercede che egli percepisce spetterà a lui, non alla massa concorsuale ²⁾. È argomento su cui ci soffermeremo altrove: ma qui subito debbo dichiarare che questo insegnamento, ispirato all'evidente opportunità di salvare la mercede dai creditori del fallimento, riserbandola ai bisogni del fallito e della sua famiglia non mi convince affatto: la mercede riscossa rappresenta pur sempre un'attività patrimoniale che, legata nella sua origine al lavoro, non forma tuttavia con esso un tutto così inseparabile che la eminente personalità del lavoro abbia a riproiettarsi anche sulla mercede, e, tanto più, sulla mercede riscossa. Non mi nascondo che in tal modo il fallito che per rifarsi lavori, si può veder sottratto il frutto della propria attività. Ma d'altra parte non mi persuade affatto neppure la via di salvezza escogitata dalla prevalente dottrina, e a cui il Bonelli ha tentato, coll'usato acume, di dare una giustificazione scientifica ³⁾, considerando la mercede come credito impropriamente alimentare. E, d'altra parte, questa preoccupazione mi pare eccessiva: se anche le mercedi, che non sono affatto un credito nè propriamente nè impropriamente alimentare, seguono le sorti degli altri beni che al fallito « pervengono durante lo stato di fallimento » (art. 699), sta però sempre che « il giudice delegato può concedere al fallito per sè e per la sua famiglia, sull'attivo del fallimento, i necessari soccorsi... » (art. 752). Anzi, osservo a tal proposito come niente tolga che il pagamento dei soccorsi possa farsi in pratica permettendo al fallito di trattenersi una parte corrispondente della mercede, coll'obbligo per conseguenza di versare alla massa il di più eventuale. Ed ecco che in tal guisa si giunge più legittimamente al medesimo risultato che il Bonelli intende raggiungere.

tamento matematico di essa, non già per il danno alla persona, come sullo stesso argomento osserva benissimo la Corte suprema torinese, 4 febbraio, 1910, *Fors. it.*, 1910, I, 1015.

¹⁾ *Del fallimento*, I, p. 359, seg.

²⁾ Così HELLWIG, op. cit., p. 4.

³⁾ Sul proposito si veggia l'Appendice a questo volume.

Quel che importa è che, ad ogni modo, generalizzando l'insegnamento all'articolo 1948, la capacità di lavoro non rientra tra i « beni » cui questa fondamentale disposizione si riferisce; così la capacità di lavoro come il diritto di lavorare sono inseparabili dalla persona del debitore, quindi sfuggono al concetto di « garanzia ».

La capacità di lavoro, che non è cosa, non rientra nel « patrimonio » della persona cui appartiene, inteso il patrimonio nel senso stretto dei rapporti giuridici valutabili a denaro perchè aventi valore di scambio. Nel patrimonio, in senso giuridico, non rientrano che rapporti giuridici; perciò il lavoro non cade in considerazione, sotto questo aspetto, che come diritto al lavoro. Ora, questo diritto, inteso come sopra vedemmo, non è che un riflesso intimo della personalità di chi lavora, da esso inscindibile. Come la personalità del soggetto è distinta dal suo patrimonio (chechè qualche scrittore italiano di acuto ingegno abbia sostenuto in proposito), così vi è estraneo anche quel diritto, come tutti i diritti che non si riferiscono se non all'attuazione della personalità. Inteso poi il diritto al lavoro in quel senso più concreto che può essergli derivato dal contratto di lavoro, vedremo che un vero diritto al lavoro anche in questo senso non sussiste per il lavoratore (salvo casi eccezionali in cui all'effettiva prestazione di lavoro sia riconosciuto un interesse vitale del lavoratore; ad es. il contratto di lavoro di certe categorie di artisti). Viceversa vi è il diritto alla mercede: questo sì che è un rapporto valutabile a denaro, così come la mercede è un vero bene economico suscettivo di scambio.

Da ciò si ricava intanto ¹⁾ che la prestazione di lavoro promessa e fatta a una terza persona, mentre ha carattere patrimoniale (come si è visto) ²⁾ per chi la riceve, non è affatto per chi la fa una attribuzione patrimoniale. Perciò quando sia promessa a titolo gratuito, non vi ha una donazione: lo si è visto a proposito dei rapporti tra contratto di lavoro e mandato ³⁾.

Si opporrà che contro la massima qui ammessa: che cioè il lavoro non è, giuridicamente, bene patrimoniale, sta il fatto che la lesione della capacità di lavoro reca l'obbligo di indennizzare il danno: diminuzione di capacità lavorativa è dunque diminuzione di un bene patrimoniale, perchè giuridicamente l'indennizzo presuppone danni di carattere patrimoniale. Qui si può rispondere benissimo: la capacità di lavoro non è bene patrimoniale, ma è un mezzo per ottenere dei beni patrimoniali. La diminuzione o eliminazione sua è diminuzione o eliminazione di una possibilità di futuri acquisti patrimoniali. È

¹⁾ Cfr. sopra, n. 170 bis.

²⁾ Cfr. sopra, p. 98.

³⁾ Cfr. sopra, p. 280, nota 1.

come osserva benissimo lo Hellwig, il risarcimento non già di un danno emergente (come sarebbe se bene patrimoniale fosse la stessa capacità di lavoro), ma di un lucro cessante ⁴⁾.

§ 2. — *Il contratto di lavoro e la vendita.*

SOMMARIO. — 176. La subsumzione del contratto di lavoro nel tipo contrattuale della « vendita ». — 177. Ragioni di questa equiparazione e confutazione. — 178. Progrediente differenziazione. — 179. Caso in cui il debitore del lavoro somministri la materia prima nella locazione di opere. — 180. In specie nella locazione d'opera. La questione nel diritto romano. — 181. Nel diritto francese. La storia della vendita. — 182. In specie la commissione di più prodotti determinati nel genere. — 183. Caso in cui, nell'ipotesi precedente, vi sia molteplicità di committenti. — 184. La locazione d'opera, e la vendita di cosa futura. — 185. Teorie intermedie, che ammettono un contratto di tipo misto simultaneamente. — 186. E successivamente. — 187. Teoria che ritrova nell'apprezzamento soggettivo dei contraenti circa la prevalenza del lavoro o della materia il criterio distintivo. — 188. Opinione nostra: teoria della oggettiva prevalenza della materia e del lavoro. — 189. Critiche a quest'opinione; come la prevalenza del lavoro o della materia sia praticamente rilevabile. — 190. Casi dubbi. Il contratto di associazione libraria, e la costruzione su area fornita dal costruttore. — 191. Il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro.

176. I risultati cui siamo pervenuti nel precedente paragrafo ci spianano la via quanto ai rapporti tra il contratto di lavoro e la compra-vendita. Nel contratto di lavoro il debitore della prestazione principale dà all'altra parte il proprio lavoro: ciò è vero sempre, come elemento tipico di questo contratto. Si può, è vero, e si deve anzi distinguere il contratto di lavoro mercè cui il debitore pone a disposizione del creditore la sua attività di lavoro, che il creditore guiderà e rivolgerà agli scopi che lo interessano, cioè del lavoro prestato in condizioni di tecnica subordinazione (locazione di opere), dal contratto con cui una persona promette solo il risultato del suo lavoro, che egli compie per conto suo, con propri criteri direttivi e autonomi, e a suo rischio (locazione d'opera); distinzione fondamentale che non è questo il luogo di lumeggiare. Il problema dei rapporti colla compra-vendita si pone per le due grandi branche distintamente, ma non al punto che occorra subito separare l'un caso dall'altro. In fatti in tutte e due le grandi categorie di contratto di lavoro vi è una persona che si assume di dare il proprio lavoro nell'interesse di un'altra. Ora, come abbiám visto, è qui appunto che si è affacciata spesso nella dottrina, economica e giuridica, l'idea di un contratto

⁴⁾ Op. cit., p. 5.

di lavoro sussumibile sotto le grandi ali della compra-vendita. Il lavoratore, si dice, vende il suo lavoro: è un modo di dire comunissimo, e diffuso anche nella dottrina giuridica¹). Questo ha fatto nascere una totale incertezza circa i confini che separano il contratto di lavoro dalla vendita, confini bene spesso disconosciuti e violati. Del resto già Giustiniano (§ 1, I. h. t., III, 25) aveva osservato che « locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque regulis consistit ». Ma questa asserzione, come tante altre giustiniane, è enfatica: infatti egli accenna poi solamente alla natura consensuale del contratto che si perfeziona come la vendita appena siavi accordo sulla cosa (lavoro) e sul prezzo (merce). Oggi il concetto equiparatore del contratto di lavoro alla vendita è una diretta emanazione della tendenza così diffusa nella dottrina, specialmente economica, a fare del lavoro una merce, giuridicamente quindi una cosa-oggetto di rapporti giuridici. Se il lavoro è una merce, cioè una cosa, e brevissimo il passo ad ammettere che dunque chi dà il proprio lavoro da una merce, una cosa contro pagamento del prezzo corrispettivo. E che è questo se non una vendita? L'illazione è così logica che si capisce come molti vi siano arrivati, da quella premessa, senz'altro²). Tanto più, poi, coloro che discorrono, come si è visto,

¹) Se dovessi citare tutti gli scrittori che discorrono di una « vendita di lavoro » dovrei dar fondo a quasi tutta l'enorme produzione scientifica (economica e anche giuridica) sul lavoro. Qui mi riferisco in specie agli scrittori, ricordati nel precedente paragrafo, che fanno del lavoro una merce. Ad ogni modo ripetiamo qui quanto si è osservato già sopra: che, cioè, quando noi rigettiamo il concetto di vendita, intendiamo alludere alla rigorosa tecnica giuridica. Poiché, in senso lato, volere, si può dir quello che si vuole: si può, per metonimia, dire « *emere operas* » in luogo di « *conducere operas* », come ha fatto Cicerone, *de Off.*, I, 42, § 150. Io però, come già ho avuto occasione di esprimermi, non credo sempre opportuna l'adozione di questa terminologia tecnica, fatta apposta per economizzare quello che dovrebbe essere di per sé abbastanza chiaro. Quando il SALERIES esce a dire (in *Bulletin de la Société des études législatives*, 1906, p. 455), riguardo al « contratto di impresa » del progetto francese di legge sul contratto di lavoro, che al lavoratore giuridicamente si domanda del lavoro, economicamente si compera da lui un prodotto, cioè il risultato del lavoro. — dice qualche cosa che ci lascia alquanto perplessi, circa l'impiego che vi si fa della parola « vendere »: il profano di diritto può vedervi un esempio di quella « *Juristerei* » che il Goethe ha messo in burla. Ad ogni modo l'impiego di « vendere » e « comperare » per dare e ricevere, o meglio promettere di dare, o acquistare il diritto a ricevere qualche cosa è diffuso: esso semplifica, in realtà, la formulazione del pensiero dandole un certo vigore di espressione. Così il PANTALEONI osserva che il lavoratore è venditore di servizi personali e contemporaneamente compratore di retribuzione (*Scritti vari*, I, p. 237). Ma guai a voler sottilizzare!

²) Cito ad es. lo STADTHAGEN, *D. Arbeiterrecht*, p. 3: « Le caratteristiche dell'odierno regime capitalistico di produzione è che l'operaio, giuridicamente libero, vende la propria forza di lavoro come merce per l'azienda di altri »; l'URANGIA TAZZOLI, *Nuovi orizzonti del diritto*, cit., p. 43: « il lavoro è una merce: e il lavo-

di una « proprietà del lavoro » che appartiene al lavoratore: col contratto di lavoro egli non farebbe dunque che alienare la proprietà per un certo tempo. Così ragiona, ad es., il Marx, che appunto sostiene anche da un punto di vista strettamente giuridico il concetto della vendita ¹⁾.

177. Qualche scrittore si è provato a dire qualcosa di più e a dimostrare l'esattezza del concetto di vendita. Ma gli argomenti sono in gran parte ²⁾ quelli già noti in favore del lavoro-merce. Più specialmente si pone in luce l'identità di trattamento delle cose che sono davvero merci, o cose in senso giuridico (materia prima, macchine, carbone, ecc.) e del lavoro, dal punto di vista della gestione di una produzione industriale; argomenti sui quali non insisto più altro. Oppure si lueggia la posizione antitetica delle due parti, di chi dà il lavoro, e di chi dà la mercede. L'estraneità del primo alla gestione del secondo ³⁾, lo sforzo di ognuna delle parti di dare meno che può, la sottoposizione alla legge della domanda e dell'offerta. E tutto ciò è verissimo, e l'abbiamo a suo luogo illustrato. Ma prova solo che siamo di fronte a un contratto a tipo commutativo, non già a tipo parziario: ecco tutto. L'indurne che dunque è vendita equivarrebbe a restringere i contratti a titolo oneroso alla pura compra-vendita. Che dunque nel contratto di lavoro vi sia opposizione molto recisa tra le parti non è una buona ragione per indurne che si tratti di compra-vendita. Eppure, a guardar bene, è questa la ragione principe che muove i fautori dell'opinione qui combattuta. Il Bureau, ad es., scrive ⁴⁾ che la tendenza sempre più spiccata a un reciso antagonismo tra industriale e operai ha fatto evolvere il contratto di lavoro, che ormai non è più se non una specie di vendita. Ora, ciò è come dire che oggi il la-

ratore ne è il venditore»; A. SMITH, op. cit., in *Bibl. Econ.*, III, 3, p. 730. « l'attitudine di lavoro dell'uomo è ricchezza, cioè oggetto di compra-vendita ». In questo senso il BONINGER osserva che: « il libero contratto di lavoro stabilisce le condizioni per la trasmissione di energie di lavoro dall'una all'altra persona contraente, e si può perciò ben paragonare a un vero contratto di vendita » (*De Bestrafung des Arbeitsvertragsbruches der Arbeiter*, Tübingen, 1891, p. 6). Ma il BONINGER si limita ad un'analogia esteriore, apparente, ed a ragione. Cfr. pure BUREAU, *Le contrat de travail*, p. 112.

¹⁾ *Das Kapital*, cit. (1890), I, p. 130. Il contratto di lavoro sarebbe dunque un trasferimento di proprietà a termine. Così il DEUTSCH, *Qualifizierte Arbeit und Kapitalismus*, cit., p. 4, ne induce che, come in una siffatta vendita il diritto va restituito integralmente, così al lavoratore la proprietà delle sue energie (il lavoro) va restituita non diminuita. Ripeto, però, che in alcune di queste affermazioni non si può ad ogni modo vedere l'espressione tecnica di un concetto giuridico.

²⁾ Es. BUREAU, *Le contrat de travail, et le rôle des Syndicats*, p. 105 sg.

³⁾ BUREAU, op. cit., p. 109. Il BUREAU perciò definisce il contratto di lavoro « un contratto con cui una persona... acquista da un'altra... per un prezzo determinato lo sforzo muscolare necessario per uno scopo preciso e nettamente determinato ».

⁴⁾ Op. cit., p. 112.

voratore, pienamente autonomo, fa valere un interesse esclusivamente proprio; l'operaio, appunto perchè giuridicamente libero, vende la propria energia di lavoro come una merce qualsiasi ¹⁾, così come fa un venditore. Ma questa affermazione di difesa individuale di un proprio interesse, resa possibile dall'eguaglianza giuridica delle parti e su cui si insiste per contrapporla al rapporto servile di epoche ormai lontane ²⁾, conduce solo alla forma giuridica del contratto commutativo, secondo il principio fondamentale dell'art. 1123 (il contratto come affermazione di autonomia individuale), non già necessariamente alla compra vendita!

Si noti poi che questa recisa affermazione di autonomia individuale, di cui si vuol trovare una formula espressiva nel concetto di vendita, se da un lato è bene sia fatta, e sia posta in rilievo, d'altro canto si mette in contraddizione con tutta la legislazione sociale mirante a tutelare il lavoratore. Infatti il lavoro si compenetra colla persona di chi lo dà ³⁾, per modo che nel contratto di lavoro vi ha l'infiltrazione di elementi personali che sfuggono alla struttura della compra-vendita ⁴⁾.

E del resto basta interrogare il modo con cui il Codice nostro disciplina la compra-vendita per chiarire tutta l'artificiosità, lo sforzo di una sussunzione del contratto di lavoro nel medesimo tipo della vendita: caso mai il Codice ne ha fatto un tutt'uno col tipo generale della « locazione », almeno stando all'esterno e superficiale indice della collocazione; è un argomento a cui or ora verremo ⁵⁾.

¹⁾ STADTHAGEN, op. e l. cit. Il BRENTANO, op. cit., p. 285, ammette chiaramente, d'altronde, che questa costruzione della vendita fu oggi architettata solo per affermare il principio dell'uguaglianza delle parti le quali devono comportarsi a vicenda come venditore e compratore, cioè come due persone che agiscano con una propria cerchia di diritti, per intenti e fini proprii, che cozzano o si intrecciano a vicenda. Josi sarebbe bandita ogni parvenza di inferiorità di chi lavora in confronto di chi è creditore del lavoro. Tale aspirazione è plausibilissima; ma può attuarsi anche senza ricorrere all'analogia con un altro contratto!

²⁾ E perciò appunto che il GIDE osserva (*Principes d'Economie politique*, p. 398) come oggi il « contratto di salario », come egli si esprime, tenda sempre più a divenire una vendita di mano d'opera. È una teoria che si forma su un'illusione, e crea un'illusione.

³⁾ Il BRENTANO, che pur ciò riconosce, non esita tuttavia a fare del contratto di lavoro una vendita di somministrazioni, cit., p. 169. Cfr. appresso.

⁴⁾ Così anche LUTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 6 sg. Il quale osserva che, a differenza dell'oggetto della compra-vendita, l'oggetto del contratto di lavoro, cioè il lavoro, è suscettibile di distinzioni numerose e importanti; ciò appunto per l'infinita varietà delle forme di lavoro umano (p. 9). Un'osservazione molto affine è stata fatta dal TILLE, in *Schriften d. Vereins für Socialpolitik*, 116.^o, p. 208, che richiama l'attenzione sull'importanza del lavoro come elemento centrale intorno a cui si collocano le condizioni fatte al lavoratore, elemento variabile di per sé così come variano le attitudini personali dell'uomo.

⁵⁾ Cfr. COGNETTI DE MARTIS, in *Bibl. dell'Econom.*, V, 2, p. CLVIII. Il COGNETTI

Ora, questa compenetrazione del lavoro nella persona ha condotto a ciò: il lavoratore, che malgrado la pompa retorica della sua autonomia individuale, e dell'eguaglianza giuridica, si è trovato ad essere la parte più debole nel contratto di lavoro, ha dovuto essere protetto dall'intervento legislativo. E ciò appunto perchè è in gioco la sua salute, la sua dignità, quel complesso di elementi personalissimi che noi non troviamo nello scambio esteriore e brutale proprio della vendita ¹).

Dopo ciò è chiaro che non basta neppure il carattere proprio della prestazione di lavoro, di essere una prestazione a tratto successivo costituita da una successione di atti più o meno ripetentisi, per trovare un punto d'attacco colla cosiddetta vendita di somministrazioni ²); certo la vendita a prestazione istantanea è anche più lontana dal contratto di lavoro, ma questo carattere puramente esteriore è per sé solo insufficiente. Il cosiddetto « contratto di somministrazione » non esiste come tipo autonomo di contratto, appunto per l'insufficienza di quel carattere esteriore a formare la base di un tipo a sé di contratto. Dal punto di vista del contratto di lavoro in genere dobbiamo rigettare la fusione di quest'ultimo con quella specie di contratto di somministrazione che è la vendita di somministrazione, pur non escludendo che vi sia anche la somministrazione di lavoro, in senso molto lato, e, meglio ancora, quella di prodotti del lavoro umano, nei quali casi indubbiamente il concetto di somministrazione rientra nel contratto di lavoro ³).

178. Dunque la prestazione di lavoro va tenuta distinta dalla semplice dazione di un oggetto materiale; il contratto di lavoro dalla vendita ⁴). Certo, in senso molto lato e traslato si può sempre dire

però si opponeva al concetto di vendita, perchè se fosse vendita il lavoratore sarebbe estraneo all'azienda economica di chi riceve il suo lavoro, ciò che il COGNETTI escludeva: ma lo escludeva pel concetto di vera associazione che egli stesso vagheggiava nel contratto di lavoro. Che ciò non sia esatto fu già sopra chiarito: il contratto di lavoro presuppone un antagonismo di interessi, e da questo punto di vista è come la vendita, senza con ciò doversi confondere con essa.

¹) Anche meno esatta è l'espressione di A. SMITH: il lavoratore vende il diritto al suo lavoro (op. cit., p. 729). Il diritto all'attuazione delle proprie energie di lavoro è un'emanazione della personalità, e quindi inseparabile dalla persona.

²) È il concetto del BRENTANO, op. e l. cit.: « i lavoratori vendono una merce futura per un prezzo fissato oggi, nello stesso modo come si vende ad esempio del ferro che non sia ancor fuso, tessuti non ancor filati, una cosa non ancor costruita. Il padrone che vincola i lavoratori per un determinato tempo e per una data mercede vende la somministrazione mercede contro preventiva prestazione della correlativa somministrazione per parte del lavoratore ».

³) Cfr. sul contratto di somministrazione appr. n. 191.

⁴) In questo senso FOURNIÈRE, *Ouvriers et patrons*, p. 155. E questo finisce col-l'ammettere anche lo stesso CARNELUTTI, *Riv. di dir. comm.*, 1913, 1, 393: con-

che il creditore del lavoro acquista colla stipulazione del contratto delle energie di lavoro che l'altra parte dedicherà agli scopi che il creditore si propone di ottenere. Ci avvicineremmo però più ancora alla realtà se riferissimo l'acquisto caso mai non alle energie di lavoro, ma al loro risultato esteriore, cioè all'utilità del lavoro. E allora si può col Guyot ¹⁾ definire il salario « l'acquisto a forfait che il capitale oggettivo fa dei prodotti o dei servizi resi dal capitale soggettivo », e discorrere quindi di un acquisto del risultato utile della complessiva prestazione di lavoro; perchè se si volesse considerare quest'ultima non si può non dar ragione al De Molinari, quando si domanda: come è possibile acquistare o disporre della potenza di lavoro di un uomo se non acquistando o disponendo di lui stesso in blocco, con tutte le sue attitudini intellettive? ²⁾ Tuttavia, anche quanto al risultato del lavoro si può discorrere d'acquisto (come acquisto di proprietà, quindi in un senso tecnico che oltrepassa il caso, tipico, della vendita) solo per la locazione d'opera con materiale fornito dal lavoratore: non mai quanto al servizio puro.

Questa differenza tra contratto di lavoro e vendita è vera oggi, e sostanzialmente lo è sempre stata. Ma ha ricevuto solo oggi, quando l'importanza sempre crescente del lavoro ha messo a nudo tutto l'organismo delicato proprio dei rapporti suoi col capitale, la sua piena affermazione. Anticamente, e così anche nel diritto romano secondo il concetto economico d'allora, l'uomo libero che si prestasse al lavoro era considerato quasi un venditore di questa merce (lavoro), o per lo meno non era avvertita la profonda differenza tra i due istituti. Con ciò si spiegano molte cose: la scarsità di regole nel diritto romano sulla *locatio operarum* (oltre ad altre ragioni ben note); l' analogia, che noi troviamo enfatica, fatta tra i due contratti da Giustiniano; la tendenza costante a riavvicinarli e fonderli l'uno nell'altro: tendenza che si applica, ad esempio, nella configurazione della *locatio operis* in cui l'artefice fornisce *materiali proprii*. Progredito il concetto economico della prestazione di lavoro, si veniva sempre più allargandosi la separazione tra i due istituti. Oggi infatti la merce « lavoro » non è una merce qualsivoglia, cui si possano con suprema indifferenza applicare le regole della vendita valevoli per le altre merci. Certo siamo

tratto di lavoro non è vendita, perchè le energie umane sono qualcosa di più elevato delle cose diverse da esse: non dunque differenza strutturale. Eppure il passo ad una identificazione era molto breve e, direi, logico, una volta ammesso col CARNELUTTI che le energie umane siano per sè oggetto di rapporto giuridico: ciò fa come l'impressione che all'ultimo il CARNELUTTI non abbia avuto il coraggio di essere terribilmente logico. Indice forse della inaccettabilità, da noi sostenuta, di quel punto di partenza?

¹⁾ *Conflicts du travail*, p. 23.

²⁾ *Bourses du travail*, p. 69.

ben lontani dal ritenere che il diritto vigente abbia riprodotto in modo esauriente questo stacco: ma si esagera anche quando, come è costume fare, si afferma essere misconosciuto affatto. Ciò non è vero. Il carattere delicato, personale del « lavoro » fu notato dalla giurisprudenza, cui il silenzio della legge permette una libertà grande di movimenti; essa ne ha indotte regole tutte proprie al contratto di lavoro e che non si potrebbero assolutamente estendere alla compra-vendita. Non è tutto, ma è già molto e valeva la pena di affermarlo ¹⁾.

Ma — ci oppone il Boissard ²⁾ — il lavoratore in genere non è, in virtù del contratto di lavoro, obbligato a dare il proprio lavoro, ma solo il *plus* valore che alle materie prime o alle cose a lui consegnate dall'altra parte è impresso dal proprio lavoro. E facile la risposta: il valore in genere è una qualità della cosa che risulta dalla sua comparazione con altre cose in funzione di scambio; e lo stesso è per il *plus* valore. Io non so se il Carnelutti vorrà spingere le sue simpatie obiettivatrici delle energie delle cose sino a tentare un'audace costruzione basata sul valore (e magari anche il tempo, e lo spazio) come cosa a sè, come oggetto di rapporti giuridici: mi parrebbe però anche meno agevole!

Risponde, tra le linee, il Boissard: il *plus* valore è valutabile in denaro, quindi può essere oggetto di rapporti giuridici. Ma si capisce perfettamente che il « valore » di una cosa sia valutabile a denaro, sfido io! Ma ciò non toglie nulla all'importanza della precedente obbiezione, che resta in piedi tal quale: il valore, come lo spazio, come il tempo, non è cosa, ma relazione o concetto relativo, e la determinazione, quindi, del valore di una cosa non è che la valutazione della cosa. Del resto lo stesso Boissard riconosce che si tratta pur sempre di una vendita *sui generis*, perchè il *plus* valore è inseparabile dalla materia, e una volta che sussiste non può più essere ripreso dal lavoratore. Il più curioso, poi, è che di tutto ciò il Boissard si scorda quando esce a dare la definizione del contratto di lavoro, che sarebbe « la convenzione con cui un lavoratore si obbliga di fronte a chi lo

¹⁾ Il MODICA (op. e l. cit.) sostiene che dall'adozione del tipo della vendita non trarrebbe profitto la soluzione della questione degli infortuni sul lavoro, poichè il padrone non sarebbe obbligato, ma avrebbe puramente diritto alla garanzia. Di vero c'è solo che adottando il tipo della vendita, la quantità di lavoro diminuendo o cessando per un fatto ad esso estraneo, proprio degli strumenti di lavoro del compratore, il venditore non sarebbe tenuto alla garanzia, avrebbe diritto all'intera mercede (come prezzo); non però al risarcimento dei danni. D'altra parte l'operaio come venditore sarebbe tenuto alla garanzia della buona qualità prestata del lavoro promesso. Quest'ultimo diritto del compratore è comune anche alla locazione di opere considerata a sè.

²⁾ *Contrat de travail*, p. 63.

impiega a eseguire un certo lavoro... » ¹⁾. E allora siamo perfettamente d'accordo!

Si è creduto dal Bechmann ²⁾ che vi sia un'altra forma equivoca di vendita, oggi, con cui la locazione di opere potrebbe essere confusa: la *emptio rei speratae* ³⁾. Quando e come vi è una linea di demarcazione tra il pescatore (il solito esempio della scuola) che vende il prodotto che sarà ricavato da una pesca, e il pescatore che si impegna a pescare per altri? È sembrato che qui ogni caratteristica distintiva dovesse scomparire, poichè in ambo i casi vi è una *faciendi necessitas* rivolta a vantaggio primario di una determinata persona. Si tratta infatti di vedere quando questa *faciendi necessitas* si può considerare come fine o contenuto principale del rapporto, e il *tradere* solo un accessorio; oppure il *tradere* il contenuto principale di cui il *facere* non sia che l'accessorio indispensabile, come è, ad es., il lavoro della misurazione o del pesare per parte del venditore nella *emptio ad mensuram*, ecc. Già si intuisce che la differenza deve essere molto fina e sottile: chè nessun criterio esteriore è decisivo.

Ma qui è necessario il dissipare un equivoco su una questione pregiudiziale, che può facilmente trascinare in errore. E in errore mi sembra sia appunto caduto il Bechmann. Il quale non ha avvertito che l'esempio del pescatore da lui pure scelto ci darebbe caso mai quasi sempre una locazione d'opera, non di opere. L'errore è stato possibile per ciò, che si è equivocato sulla natura della mercede pagata al pescatore; il quale può essere stato soddisfatto per la fatica adoperata, non per la quantità effettiva di pesci che è frutto della fatica; nel qual caso non vi sarebbe alea sulla mercede, ma sull'effetto utile della pesca a danno o vantaggio del committente. Ora con ciò si instaura una situazione di cose che può parere molto affine a quella di una locazione di opere, in cui è possibile che il creditore del lavoro non raggiunga i propri scopi, senza che ciò influisca sulla mercede. Tutto questo però non toglie che qui effettivamente vi sia una *locatio operis*, visto che in questa può benissimo, senza alterazione del tipo di contratto, essere concordato uno spostamento più o meno rilevante di rischio del lavoratore al creditore del lavoro. Il pescatore è e rimane sempre signore della propria azienda; lavora con propri criteri e direttive proprie. Di vero c'è solo che, se non teoricamente, praticamente questo notevole spostamento del rischio sull'acquirente non accadrà tanto facilmente, per la tendenza della locazione d'opera a

¹⁾ Op. cit., p. 65.

²⁾ Kauf, II, p. 332 sg.

³⁾ E non la *emptio spei*. Qui vi è la vendita di un valore economico attuale; e quindi è escluso quel carattere futuro dell'oggetto che permette un'intermedia *faciendi necessitas*. Cfr. su essa sopra, p. 223.

riprendere il suo assetto normale, quello per cui alla signoria della azienda si accompagna nel lavoratore la piena sopportazione del rischio.

179. Il risultato cui siamo qui pervenuti vale per il contratto di lavoro in genere; anche per quello in cui il debitore del lavoro non si impegna che a un risultato di lavoro, rimanendo pienamente autonomo⁴⁾ nel modo di elaborazione necessario per pervenirvi, insomma per la locazione d'opera. È indubbio malgrado ciò che qui vi è pur sempre l'obbligo a una prestazione di lavoro⁵⁾; ma qui nei rapporti coll'altra parte cade in considerazione specialmente il risultato di questo lavoro³⁾, quindi salta all'occhio un *tradere rem* che manca nella locazione di opere: tanto più se il risultato non è immateriale, cioè un servizio. Se il risultato è materiale le analogie colla vendita si fanno più intime. Si capisce che in tal caso la materia prima in tutto o in parte è somministrata dall'artefice, diversamente il risultato non sarebbe che un puro servizio, cioè immateriale.

Dicevo ora che nella locazione di opere manca normalmente il *tradere rem*. Si capisce che questo sussista per il lavoro tecnicamente autonomo: chi lavora dirige da sè l'impiego delle forze proprie e i criteri

⁴⁾ Questa autonomia, come meglio vedremo a suo luogo, nulla toglie all'importanza contrattuale della elaborazione, senza di che non si capirebbero certi diritti di controllo e di tutela del proprio interesse che il committente possiede durante l'elaborazione. L'importanza poi del lavoro, nella locazione d'opera, è notevole per l'imprenditore di grossi lavori: lavoro di coordinamento, di sorveglianza, di direzione tecnica. COGNETTI DE MARTIIS, in *Bibl. Econ.*, serie V, 2, p. LXXXII. L'aumento delle macchine sopprime, se pure, una parte del lavoro subordinato degli operai, ma per converso accentua altro lavoro di controllo e di guida; in confronto alle vecchie manifatture non è che aumento degli strumenti di lavoro, non eliminando l'importanza fondamentale del lavoro umano.

⁵⁾ In senso contrario BOISSARD, op. cit., p. 64, che (come abbiamo visto sopra) scorge una vendita di *plus* valore nella locazione d'opera in cui l'artefice non somministra la materia; egli nega che qui siavi vendita di lavoro. Si può opporre che almeno in questo caso dal diritto romano ad oggi non fu mai dubbio il carattere di contratto di lavoro. Il BOISSARD risponde che la coscienza comune, all'interno dei giuristi, vi vede una vendita e tanto basta: il sarto che elabora stoffa non propria vende il taglio, la forma data all'abito, ecc. Siccome del resto sarebbe una vendita *sui generis*, per lo stesso B. (cfr. sopra, p. 488), così egli anziché « vendita » chiama questo contratto *contrat de commande*.

³⁾ C'è il pericolo di dare importanza unicamente al risultato e di porre nell'ombra completamente, dal punto di vista della posizione contrattuale delle parti, il lavoro per giungervi, come meglio vedremo più avanti, a proposito di questa fondamentale classificazione del contratto di lavoro subordinato e autonomo (locazione di opere e di opera). Qui intanto cito il SARRAILLES (*Bulletin de la Société des études législatives*, 1906, p. 495), secondo cui nella locazione d'opera non si promette un lavoro per altri, ma un risultato di lavoro; non è dovuta una somma di lavoro, ma si vende anticipatamente il risultato del lavoro. Ecco dunque che della locazione d'opera si fa senz'altro e sempre una vendita; concetto che riesce per lo meno difficile ad attuarsi se il risultato è immateriale.

direttivi per raggiungere il risultato; si può anche capire che in questa autonomia rientra, oltre alla provvista degli strumenti di lavoro, anche quella della materia. Non così invece per la locazione di opere. Malgrado l'asserzione, autorevole, del Lotmar ¹⁾, che ritiene conciliabile la provvista di materia prima per parte del lavoratore colla locazione d'opere, io sono d'avviso che vi sia piena incompatibilità; vale a dire due elementi che non si fondono, ma che vivono l'uno accanto all'altro. Infatti la provvista di materia prima avrebbe per conseguenza l'accollo del rischio in parte sulle spalle del lavoratore: ciò che è in contraddizione colla struttura tipica e colla ragione d'essere sociale della locazione d'opere ²⁾. Del resto nel risultato siamo d'accordo: anche il Lotmar ritiene ³⁾ non influente affatto questo elemento della provvista di materiale, argomentando *a contrariis* da ciò che per la locazione d'opera ci volle nel Codice germanico un apposito paragrafo (il § 651) per dichiarare che quell'elemento deviava il tipo contrattuale verso la vendita ⁴⁾.

18C. La questione, nel caso di *opus* apprestato dall'artefice con proprio materiale ⁵⁾, è interessante al più alto grado, che le regole della locazione d'opera in parte differiscono da quelle della vendita (si intende che ci limitiamo sempre al caso in cui l'artefice somministra la materia da solo o ne somministri in dose maggiore che non il committente). Infatti se è vendita, e non contratto di lavoro, non si applicano gli art. 1639 (garanzia decennale dell'imprenditore), 1641

¹⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 189.

²⁾ Cfr. sopra, p. 168, 189, ecc.

³⁾ Op. cit., p. 209.

⁴⁾ In genere si può affermare che la pura e semplice produzione di energie di lavoro non può mai, da sola, produrre una modificazione nel mondo esterno, perchè le occorrono sempre ulteriori elementi: così occorre sempre la cooperazione della natura, senza della quale il lavoro sarebbe impotente: certi « servizi » come il cantare presuppongono le onde sonore! E specialmente interessa la necessità della materia su cui il lavoro deve svilupparsi. È una cooperazione che intorbidisce la situazione, giuridicamente, con una alleanza di fattori dissimili. Cfr. MARZO, *Untersuchungen ueber die Organisation der Arbeit*, III, 220 sg.

⁵⁾ Materiale di natura corporale, si intende. Volendo sottilizzare si può anche andare più in là, e proporre sul serio il caso su cui si è soffermato il LOTMAR: quello di un autore incaricato di scrivere un dramma con un materiale da lui raccolto. A me pare che non ne franchi la spesa. Quando la materia sia del committente non vi sono difficoltà: sostenere che prevalendo il lavoro alla materia naturalmente il lavoratore è artista, non è strumento del committente, e quindi specifica a proprio favore, coll'obbligo di trasferire la proprietà al committente (così EMERICH, *Kauf und Werklieferungsvertrag*, cit., p. 7), è dire cosa che, come a suo luogo si è visto, lede quel principio fondamentale del contratto di lavoro che è l'identità di destinazione; vi è una sovrapposizione della specificazione al contratto che è in dissidio col sistema nostro legislativo (e con quello del cod. civile germanico).

(recesso unilaterale del creditore a cui va consegnata l'opera), 1642 (scioglimento del contratto per morte del debitore dell'opera), per tacere di altre disposizioni ancora in cui il dissidio tra i due tipi contrattuali si rivela. Perciò dobbiamo già *a priori* opporci alle parole degli Aubry e Rau, pei quali, siccome il sistema processuale moderno non esige mai, come in diritto romano, la necessità di individuare i rapporti giuridici, fissandone la designazione quando si facciano valere in giudizio — così non sia interessante ormai vedere se vi sia vendita o locazione d'opera ¹⁾. — Quale importanza si debba dare a queste parole lo si rileva già dal fenomeno per cui, malgrado molto sia stato scritto sulla questione, le discussioni oggi fervono più che mai.

Già ai compilatori del Digesto, come vedemmo, si era affacciata, accanto all'analogia della locazione di cose coll'enfiteusi, anche l'analogia tra i due contratti che ora stiamo studiando. I compilatori risolsero la questione — benchè vi fosse qualche discrepanza nella dottrina anteriore — nel senso che vi fosse una vendita sempre, quando l'artefice somministrasse la materia: e ciò qualunque fosse la importanza del lavoro. In proposito è fondamentale il § 4, Inst. III, 25. Questo paragrafo venne tolto da Gaio, salvo qualche modificazione ²⁾; modificazione però che lascia trapelare l'esistenza, già prima di Gaio, di un dissidio tra i dotti. Gaio si esprimeva più modestamente « ...sed *plerisque* placuit emptionem et venditionem contrahi... ». Giustiniano decide proclamando invece « ...sed placuit *tantum* emptionem et venditionem contrahi... ».

Questo concetto romanistico si riconnette immediatamente colla storia delle origini della *locatio operis*, e non lo si può afferrare in tutta la sua portata astraendo dall'origine e dall'evoluzione storica. Originariamente, nell'infanzia del diritto (anche del diritto romano), gli istromenti con cui i giuristi operavano nella costruzione dei rapporti giuridici erano molto scarsi. Nessuna meraviglia dunque che la primitiva semplicità delle concezioni giuridiche conducesse a vedere una vendita nel caso in cui l'artefice fornisse la materia. Per farne una locazione d'opera sarebbe occorsa una finezza di intuito giuridico propria di un diritto più elaborato; infatti occorreva dar risalto al concetto di « lavoro compiuto per altre persone » (concetto eminentemente fiduciario) anche quando non sussisteva una nuda attività di lavoro su materia fornita dal committente, ma accanto alla prestazione di lavoro vi fosse anche una prestazione di materia prima, l'una e l'altra fatte dalla medesima persona. Data la scarsa considerazione del lavoro, e la sensibile esteriore preponderanza della consegna di un

¹⁾ III, § 374, n. 2.

²⁾ III, 147.

prodotto è naturale che questo ultimo elemento abbia avuto il sopravvento: mercè esso il rapporto poteva essere classificato in una categoria già conosciuta di rapporti. Infatti sotto il concetto comune di incarico fiduciario furono raccolti tre rapporti giuridici oggi ben distinti: *locatio operis*, *mandatum*, *depositum*¹⁾, ma che allora avevano un'unica azione contrattuale comune, l'*actio fiduciae*. Era necessaria per tutti e tre la consegna di una cosa su cui doveva svolgersi una ulteriore attività dell'incaricato: ciò era possibile naturalmente finchè si ritenne solo le cose sensibili potessero essere oggetto di incarichi siffatti. Da ciò consegue anche che quei contratti fossero *reali*²⁾.

¹⁾ *Mandare* e *locare* erano originariamente sinonimi; cfr. SCHULIN, *Geschichte d. Rom. R.*, p. 403.

²⁾ Dalla presenza di cotesto elemento materialistico includente la consegna della materia al *conductor operis* pretesero alcuni scrittori di poterne derivare l'analogia colla vendita, nel senso però, che trattamento analogo a quello del venditore dovesse godere anche il committente. Il DEGENKOLB (*Platzrecht und Miete*, p. 139) sostiene che non è ammissibile trattare la locazione d'opera come vendita, salvo invertendo i contraenti. Il SIMONCELLI (*Locazioni*, p. 6) molto opportunamente osservò al DEGENKOLB che in ogni caso bisognava per quell'analogia guardare al secondo momento in cui il *locatore* riceveva di ritorno la cosa elaborata; in quel momento il *locatore* appare essere quasi il compratore del lavoro necessario per quella trasformazione.

Questo che il SIMONCELLI ha obiettato è vero sia per l'origine storica della *locatio operis*, in quanto cioè riferentesi alle opere censorie (*ultra tributa*), sia nella posteriore evoluzione di questo istituto e nella concezione moderna di esso: e cioè non si può ritenere che si sia inteso dare la massima importanza al momento della consegna del materiale all'artefice, perchè la lavorasse e restituisse, quasi si trattasse di una vendita con patto di restituzione. Si potrebbe a tutta prima opporre che anticamente, per la rozza semplicità delle figure giuridiche, non era concepibile un consegnare per restituire, in forza di un unico rapporto semplice, ma si doveva ricorrere alle figure note, sceverando quel fenomeno complesso ne' suoi due momenti. Dunque la consegna della cosa del committente all'artefice doveva consistere — si può opporre — in trasferimento di proprietà colla *mancipatio*, cui si annetteva il *pactum fiduciae*. E si arguì ciò infatti anche dall'esistenza dell'*actio fiduciae* (cfr. SCHULIN, op. cit., § 85, p. 404). *Locare*, si può ancor dire, indica affidare, consegnare; dunque nel definire il rapporto si dette la prevalenza appunto a questo momento. Ma tutta questa costruzione cade quando si pensi che l'*actio fiduciae* non presupponeva necessariamente una *manipatio* o *cessio in iure* col *pactum fiduciae*, come per la prima fase del pegno; e in secondo luogo, specialmente, la *locatio operis* è sorta dalle opere del censore, che incaricava i privati di determinati lavori su edifici pubblici. Per questi non si concepisce trasferimento di proprietà (cfr. BECHMANN, op. cit., p. 432). Questa fu l'occasione del sorgere già in antico di un nuovo rapporto a sè, in cui si consegna, senza alcun trasferimento di proprietà, una cosa, per il semplice uso, allo scopo di compiere dati lavori, e con patto di restituzione. Il principio romanistico fondamentale è che « non solent locationes dominium mutare ». La *locatio operis irregularis*, come indica il nome, non certo reperibile nelle fonti, rappresenta in diritto romano un'anomalia, che, appunto perchè tale, molti si affaticarono a spiegare in vario senso. Nell'età classica, quando Tizio vendeva un'area a Sempronio perchè gli costruisse sopra una

La posteriore evoluzione del diritto romano condusse a fare della *locatio conductio operis* un contratto consensuale, nello stesso modo come contratto consensuale divenne il mandato: non così il deposito. Ma con questa differenza, che l'elemento materialistico del *rem dare*, della consegna di una cosa, per il mandato non fu necessario, allorchè si intese che essenza del mandato era puramente un « assumere sopra di sè un dato affare », un « negotium suscipere » senz'altro; era dunque la promessa di un'attività di cui la consegna di qualche cosa non era elemento essenziale, ma poteva al più essere una conseguenza casuale ¹⁾. Invece questa opera di spiritualizzazione non avvenne per la *locatio operis*, in cui l'elemento fiduciario continuò a incarnarsi necessariamente (non più come per lo innanzi a render perfetto il contratto, ma pur sempre a delineare il tipo di negozio giuridico), continuò, dico, ad incarnarsi in una parvenza materialistica.

Non vi è che un solo giurista, ch'io sappia, che a questa concezione materialistica abbia cercato di sfuggire intuendo con un tratto di genio la verità, che tanti oggi non sanno afferrare: e quel giurista è l'acutissimo Paolo, e il frammento che ci interessa è il fr. 22 § 2 *h. t.*, 19, 2.

casa, si aveva vendita, non *locatio operis*; esempi di questo genere ci offrono le fonti (cfr. fr. 6, § 2, *de a. e. et v.*, 19, 1). Da cui possiamo indurre che quando Tizio alienasse una cosa, un oggetto a un artefice, perchè vi lavorasse attorno e lo restituisse, nel sistema romanistico si avrebbe una vendita, non una locazione d'opera. Oggi un caso di questo genere è poco probabile; ma dato che avvenisse, pare a noi che l'elemento locazione d'opera debba prevalere. Infatti lo scopo vero che anima tutto questo negozio complesso è quello dell'elaborazione, non della vendita. Più che vendita con patto di riscatto si potrebbe dunque accampare il concetto di locazione d'opera, concetto però sempre alquanto intorbidato da elementi perturbatori, che si innestano sulla struttura tipica del rapporto, e che portano quindi un complesso di regole proprie. Non è richiesto insomma, quando il committente fornisce la materia, che debba fornirne la semplice detenzione per un determinato uso (per l'elaborazione). Può concepirsi addirittura il trasferimento della proprietà. Con ciò l'artefice viene ad assumersi il rischio anche della materia e si applicano quindi le regole della locazione. La conclusione è che non possiamo vedere nella consegna di materiali all'artefice un pretesto per raffigurarvi una vendita parallela a codesta consegna. Ma neppure è lecita tale analogia, in caso di consegna dei materiali per parte del committente, rispetto alla seconda fase, cui il SIMONCELLI accenna; chè se ciò può essere vero, ove si prenda il vendere e comprare nel senso antico di consegnare e prendere (cfr. FESTUS, v. *Redemptores*, p. 270, e DEGENKOLB, op. cit., p. 141), d'altra parte, come abbiamo ampiamente cercato di dimostrare, non si può ammettere giuridicamente il concetto di vendita di lavoro; economicamente e sociologicamente la cosa potrà essere diversa, ma ciò non monta. Invece la questione dell'analogia seriamente si può fare solo pel caso in cui la materia sia somministrata dall'artefice.

¹⁾ Cfr. in questo senso il PERINCE, *Zeitschrift für Sav. Stiftung*, VIII, R. A., p. 238; SCHULIN, op. cit., p. 405, ecc.

Quando l'artefice fornisca la materia a me committente « *proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est* ». Vi è trasmissione di proprietà non dal committente all'artefice, ma in senso inverso; eppure rimane la locazione, benchè *non solent locationes dominia mutare*. Qui Paolo sottintende naturalmente che l'area sia fornita dal committente (con ciò solo quel frammento si concilia colla comune dottrina romanistica); ma il pensiero di Paolo non si ferma su questa circostanza, bensì sull'altra della somministrazione dei materiali; ora Paolo vede soltanto l'elemento caratteristico della *locatio operis* nel lavoro cui l'artefice è tenuto, « *locat enim artifex operam suam, idest faciendi necessitatem* »; a nulla importando l'elemento apparentemente perturbatore della consegna dei materiali. Paolo è l'unico che abbia intuito la caratteristica vera della *locatio operis*. Naturalmente non poteva andar contro la corrente dominante a' suoi tempi, tant'è che nel principio del frammento citato ebbe a dire: « *Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est* »; da ciò traspare l'ossequio alla *opinio communis*, benchè forse si possa asserire che quell'enunciazione potrebbe essere dimostrativa, non categorica o limitativa. Comunque è certo che il paragrafo seguente succitato (§ 2) contiene una massima vera anche oggi; forse per questo quelle parole sono oggi, a torto o a rovescio, tra le più frequentemente citate. Paolo aveva acutamente spiritualizzato l'essenza della locazione d'opera: per quanto, volendo attenersi fedelmente alla teoria comune, che è quella romanisticamente vera, avrebbe dovuto aggiungere che vi era pur sempre la consegna del *corpus* essenziale dal committente all'artefice sotto forma di consegna dell'area; chè indubbiamente è con questo presupposto che quelle parole vanno intese.

Pomponio, invece, più materialisticamente insegna « *...nec posse ullam locationem esse ubi corpus ipsum non detur ab illo cui id fieret* » ¹⁾. Con che rimane sempre chiaro che tra i due giuristi non vi era dissenso, anche perchè Pomponio trattava esclusivamente della distinzione tra *locatio operis* e *emptio*, mentre Paolo mira solo ad illustrare la massima per cui dove vi è un *facere* (retribuito) vi è locazione; e con ciò si spiega la ampiezza ingannatrice della formula di Paolo ²⁾.

Comunque la teoria vera, in diritto romano, è eminentemente materialistica, e ciò per la semplicità originaria di figure giuridiche, alla quale dava alimento la scarsa considerazione in cui il lavoro era tenuto ³⁾. Si può dire che i Romani si arrestarono al fenomeno dell'alie-

¹⁾ Fr. 20 *de contr. empt.*, 18, 1.

²⁾ Cfr. DNIESTRZANSKI, op. cit., p. 17.

³⁾ Non sarà male ricordare che alla stessa origine sabinaiana risaliva pure la corrente ostile al lavoro quanto alla *specificatio*; e che se Giustiniano si indusse a

nazione della materia, subordinandole il lavoro anche se di gran lunga prevalente: ammettendo in tal caso una *emptio-venditio*. Concordiamo dunque colla teoria comune nel giustificare la dottrina romanistica colla teoria dell'alienazione; purchè però non si interpreti come prevalenza *quantitativa* del momento « alienazione » sul momento « prestazione di lavoro » che sarebbe un concetto nato solo oggi; ma bensì come energia di attrazione riconosciuta a quel primo momento, in confronto al secondo, qualunque fossero le proporzioni quantitative: e cioè prevalenza *qualitativa* ed *assoluta*. Però non era completamente escluso il criterio della prevalenza quantitativa, ammesso nel caso in cui committente ed artefice concorressero nel fornire la materia, come nel caso cui Paolo si riferiva senza dubbio (costruzione di una casa su area del committente con materiali forniti dall'artefice). Allora decide la prevalenza nella somministrazione: per lo più quindi sarà *locatio operis*, essendo di regola l'area più importante ¹⁾.

181. Dal modo con cui noi abbiamo descritto e lumeggiato la teoria romanistica dovrebbe intanto risultare con evidenza, se non erriamo, la necessità, per chi pigli ad esaminare il codice civile italiano, di sottrarsi al fascino della tradizione romanistica, indirizzandosi a criteri più moderni ²⁾.

Vi sono nella dottrina odierna naturalmente due teorie opposte: quella che afferma esservi qui una locazione d'opera, e quella per cui si avrebbe una vendita. Sono due teorie assolute, e, lo diciamo subito, appunto per questo molto pericolose. Di esse è dominante forse quella della vendita, e ciò nel silenzio del nostro codice si intende come ricorso alla tradizione romanistica ³⁾, e come reminiscenza della teorica prevalente nei secoli anteriori al C. N.

Questa teoria ha l'appoggio dei lavori legislativi del codice Napoleone; infatti nella prima redazione dell'art. 1787 C. N. era aggiunto un inciso in cui questa teoria era adottata legislativamente, e fu poi cancellato perchè troppo dottrinarìa, non perchè sostanzialmente fosse

dar la cosa allo specificante in caso di una riducibilità di essa nel pristino stato, ciò fu certo anche per il riguardo al lavoro. Uguale eclettismo non credette invece di accogliere nel nostro argomento.

¹⁾ Così anche lo DNIESTRZANSKI, op. cit., pp. 10-12: non ci induca in errore la massima dell'accessione della materia al suolo: chè siffatta accessione avviene posteriormente alla stipulazione del contratto, il quale dunque già prima deve avere una configurazione determinata.

²⁾ A differenza di quanto fa ad es. il PEROLO, in *Il giur. conciliat.*, 1905, 228, ligio ai precedenti storici.

³⁾ TROPLONG, numeri 962-968; DEMANTE, III, 584; LAURENT, XXVI, 5; COLMET DE SANTERRE, VII, n. 241 bis; GUILLOUARD, II, n. 772; BAUDRY-LACANTINIERE, *Précis de dr. civ.*, III, n. 730; BOISSARD, *Le contrat de travail*, 1910, p. 62; LANGLOIS, *Le contrat de travail*, 1907, p. 20, nota; COURCELLE, *Traité de légis. ouvrière*, 1902, pag. 5; PIC, *Traité*, p. 1187.

stata rifiutata ¹⁾. Ognun vede però qual conto si debba fare dei precedenti legislativi, in genere, e di questo in ispecie: il codice tace, e lascia libero l'esegeta di indurre dal sistema e dai principj quello che appare voluto dalla legge (non dal compilatore). Il Cod. Nap. ha due articoli apparentemente antinomici: l'art. 1711, e l'art. 1787. È certo che l'art. 1711 fu scritto con l'intendimento di escludere la locazione d'opera in cui la materia fosse fornita dall'artefice. Ma viceversa l'art. 1787 tradisce l'abbandono della teoria romanistica. Dunque il meglio è attenersi all'art. 1787, molto chiaro, mentre l'art. 1711 non accenna che al caso in cui la materia sia fornita dal committente, nulla dicendo nel caso inverso.

Questa teoria, dopo quanto dicemmo, noi rifiutiamo nel modo più reciso, così assolutamente enunciata. Istintivamente il profano intuisce che la situazione è diversa quando io compro una cosa bell'e fatta o che madre natura produrrà, in cui non v'è che il fenomeno della tradizione; e quando io ordino che essa venga costruita per mio uso e consumo, nel qual caso impongo all'altra parte una *faciendi necessitas*, e attendo e veglio all'elaborazione della cosa, ad uno svolgimento di attività su cui gravita, come qualcosa che l'afferra tutta quanta, la necessità di indirizzarla a mio vantaggio esclusivo, quanto al risultato di quel lavoro ²⁾.

Per questo noi rigettiamo le obbiezioni del Guillaud per cui in tal caso altra differenza non vi è se non che nel primo caso vi sarebbe vendita pura, e nel secondo vendita condizionale. È degno di nota del resto come questa teoria sia bene spesso costretta ad abbandonare le norme della vendita per ricorrere a quelle della locazione d'opera. Così è per l'art. 1642 cod. civ. it., così per l'art. 1641, e per l'art. 1640. Perchè ciò? Si può rispondere che quegli articoli si riferiscono promiscuamente ad ambedue i casi: locazione d'opera

¹⁾ Cfr. LOCRÉ, VII, p. 189, n. 38, e p. 206, n. 19. L'articolo era prima così redatto: « Quando si commette ad uno di fare un lavoro, si può pattuire che somministra soltanto la sua opera e la sua industria, ovvero che somministri pure la materia. Nel primo caso è una pura locazione, nel secondo una vendita di una cosa una volta fatta ». Ma questi due capoversi furono dal tribunale soppressi essendo meramente dottrinali e non avendo la caratteristica di una disposizione legislativa. Per la vendita si esprime, nel Consiglio di Stato, il REYNAUD DE S. JEAN D'ANGELY, per il caso in cui l'artefice somministri la materia. La cassazione francese, infine, combattè quell'articolo, perchè erroneo: sconsigliò essa vi è contratto misto di vendita e di locazione, II, op. cit., II, p. 303. Il codice Albertino (art. 1617) faceva susseguire alla definizione della locazione d'opera una disposizione proclamante che locazione d'opera vi era anche quando il committente forniva i materiali; una strana disposizione dalla quale a *contrarius* si inferiva la teoria della vendita a cui i compilatori del Cod. Nap. erano favorevoli.

²⁾ *Contro* il MARCADÉ, ad art. 1787: è la stessa cosa comperare un oggetto bell'e fatto, e commetterlo.

e vendita condizionale. Però ognuno vede quanto quegli articoli derogino al trattamento tipico della vera e propria vendita: e poi perchè il codice non ne avrebbe fatto menzione nel titolo della vendita? Se ammettete l'applicazione di quegli articoli ammetterete implicitamente che vi ha una vendita che non sottostà alle norme della vendita. E allora tanto vale il riconoscere una locazione d'opera. Uno dei pochi che siasi mostrato coerente, rifuggendo dall'applicazione di quegli articoli, è il Troplong: ma come si giustificherà in pratica una teoria che mai intende valersi del beneficio grandissimo offerto dagli articoli 1639 e 1640 per il caso, pur tanto normale, in cui l'imprenditore faccia uso di materiali propri su area propria?

Laddove troviamo un'energia di lavoro intesa nel precipuo, primario interesse altrui quanto al risultato di esso lavoro, là non possiamo senz'altro veder una vendita, perchè appunto ci imbattiamo in un elemento tipico del contratto di lavoro: il dubbio e quindi legittimo. Questo appunto disconosce il Bernhöft ¹⁾. Quando l'artefice procura il materiale, egli dice, esso lavora anzitutto per sè, a proprio vantaggio; l'opera gli appartiene senza distinzione se la materia o il lavoro siano la cosa principale. Questo concetto è abbastanza diffuso, è anzi l'idea madre della teoria della vendita: vi è vendita dove vi è trasmissione di proprietà (cfr. art. 1447!); conseguentemente contratto di lavoro se quella trasmissione manca ²⁾. Così ragionava il Mouricourt, in seno al Tribunato francese: vi è vendita perchè l'artefice «...è proprietario fino a compimento dell'opera, fino a che non sia in istato di consegnarla. La cosa quindi è a suo rischio e pericolo fino a tal punto». Non vi sarebbe dunque vendita se malgrado l'artefice somministrasse la materia, pure manchi una trasmissione di proprietà colla consegna del lavoro, e non si possa dire, col Bernhöft, che l'artefice lavora per se, su cose proprie. Così l'ipotesi fatta dal Bechmann a proposito della distinzione tra locazione di opere e la *emptio spei*. Il Bechmann ³⁾ afferma che bisogna risalire al-

¹⁾ Op. cit., p. 68.

²⁾ Questo concetto di una incompatibilità del tipo locativo e del contratto di lavoro col trasferimento di proprietà (*non solent locationes dominia mutare!*) è molto diffuso: si identifica il contratto committente (con trasferimento di proprietà) nella vendita, che ne è infatti il tipo paradigmatico. Si veggia per es. l'art. 125 degli usi e consuetudini sulla piazza di Milano pel commercio del seme bachi, ecc. (1909). « Il contratto di lavorazione (della seta) a peso per peso non è considerato come compra-vendita, bensì un semplice contratto di lavoro che non implica il fido ». Conseguenza: il committente rimane proprietario della seta consegnata. Ciò è verissimo; ma tra le righe si legge come il punto di partenza in generale sia la vendita per lavorazione di seta in cui il filandiere o il filatoiere procura tutta la materia prima. Ciò che è molto discutibile!

³⁾ Op. cit., II, p. 160.

l'intenzione delle parti quanto all'acquisto della proprietà: se si intende che il pescatore fa quello che deve fare come *rappresentante* (in senso improprio) dell'altra parte, e cioè coll'intenzione che abbiano i pesci ad essere subito proprietà dell'altra parte, allora si ha locazione di opere, e si retribuisce il valore del lavoro senza curarsi del risultato. Che se invece il pescatore intenda accaparrare per sè i pesci e poi nella *traditio* cedere la proprietà all'altra parte, si ha la *emptio spei*: anche qui il prezzo è indipendente dal risultato. Sarebbe l'unico caso oggi — per il Bechmann — in cui l'analogia tra locazione di opere e vendita sia così grande, da dovere ricorrere, come a caratteristica differenziatrice, a un elemento che non trovasi nell'intima struttura del rapporto equivoco. Oppure vi è l'altra ipotesi dei materiali di costruzione forniti dall'imprenditore che deve costruire su area del committente: secondo la Corte (d'App. di Torino ¹) « ...non può esservi più dubbio che... succedendo l'incorporamento della materia coll'immobile la materia cede al terreno e diventa di proprietà del committente.... e per tal modo non può più parlarsi di vendita ». Perché, secondo la Corte, la vendita « presuppone la permanenza della proprietà della materia presso l'imprenditore sino al giorno in cui... se ne può fare consegna al locatore ».

Ora, non vi ha dubbio che quando manchi colla consegna del risultato il trasferimento di proprietà, vi sia contratto di lavoro. Ma è altrettanto semplicista il criterio che esclude sempre il contratto di lavoro quando vi sia quel trasferimento, e l'artefice lavori su proprio materiale: non si tien conto a sufficienza del fatto che qui la produzione del risultato sia dovuta anche, e specialmente al lavoro umano. Quando qualcuno lavora dietro commissione, non la cosa che viene elaborata, ma l'elaborazione, l'attività di lavoro riceve subito una destinazione determinata per un'altra persona. Nel caso opposto ciò non è; e in ogni caso la destinazione al pubblico è così vaga e indeterminata che passa completamente in seconda linea, ed è, del resto, una destinazione ben differente.

182. Ma l'importanza del « lavoro per utilità altrui », questo elemento che abbiamo visto sopra essere fondamentale, pel contratto di lavoro, è stato negato per l'artefice che somministra materiali propri: per modo che l'elemento « dazione di una cosa » (trasmissione quindi della proprietà) prepondererebbe, e vi sarebbe vendita. L'obiezione si riconnette più frequentemente all'ipotesi — che è quella di gran lunga più frequente in pratica — in cui la materia prima non sia già determinata: nella specie, di comune accordo tra committente e artefice ²).

¹) 31 maggio 1907, in *Legge*, XLVII, n. 23.

²) Ciò può anche avvenire quando la materia sia fornita dal committente, ma questi abbia autorizzato il debitore del lavoro a sostituirlo con altro materiale: è

Se questa designazione è avvenuta, non vi ha dubbio che all'artefice incombe l'obbligo di elaborare il prodotto esclusivamente su questi materiali: qui la destinazione dell'attività di lavoro nell'interesse del committente si proietta sul lavoro in modo assai evidente, non si può trascurare più questo elemento del lavoro, per dar peso solo a quello della consegna di un prodotto ¹).

Ma se la scelta del materiale non è stata specificata la materia prima rimane determinata nel genere; coll'effetto che l'artefice non è obbligato a elaborare una data quantità di quella specie, piuttosto che un'altra, per raggiungere il risultato promesso. E così accade che, come oppone infatti il Bernhöft ²), se l'opera riesce male può l'artefice sostituirla pure con un'altra fatta con materiali propri ³), anzi, se il tempo incalzasse (si supponga che la prestazione debba esser pronta entro un termine perentorio), l'artefice può offrire al committente una cosa già fatta da tempo ed esistente al tempo del contratto.

Ora, qui, se vogliamo proprio salvare il contratto di lavoro, dovremmo ritenere che sussista un'obbligazione di fare, cioè un contratto

il caso del grano recato al mugnaio da macinare, e che il mugnaio può confondere col grano ricevuto da altri, se non vi è patto in contrario. Questa è quella che la dottrina suole chiamare *locazione d'opera irregolare*, nella quale secondo alcuni ricadrebbe anche il vaglia postale, che sarebbe un trasporto di denaro, ma non esattamente di quello ricevuto; anzi in realtà il trasporto è addirittura eliminato, data l'organizzazione del servizio (cfr. MANDRY-GEIB, *D. civilrechtl. Inhalt d. Reichsgesetze*, p. 490), cosicchè tutto si riduce a un mandato di pagamento, in cui la *necessitas faciendi* rimane sommersa (RIEZLER, *D. Werkvertrag nach d. bür. Gesetzb.*, pag. 70). Da quanto segue si scorge che la sostituibilità della materia non elimina una *faciendi necessitas*, e che tanto basta, se prevale notevolmente, perchè vi sia contratto di lavoro, e non vendita, nè contratto misto; non vi è insomma una deformazione del contratto di lavoro. Cfr. i *Motivi del Cod. germ.*, II, p. 477. Sulla locazione d'opera irregolare cfr. sopra, p. 493, nota 2.

¹) Il Cod. civ. tedesco applica a questa ipotesi molte regole del contratto di lavoro (locazione d'opera). Ma in sostanza quel codice è partito dal concetto fondamentale che se l'artefice dà la materia vi sia vendita, tuttavia ciò ammette specialmente se la materia è determinata nel genere. Se non è sostituibile, perchè determinata nella specie, vi sarebbe un caso di traslazione tra la vendita e il contratto di lavoro, in fondo più vendita che contratto di lavoro (pel Codice comm. tedesco sarebbe addirittura vendita, § 381-2, se per una delle parti è atto di commercio). Ma a tal caso certe regole del contratto di lavoro debbono essere applicate. Cfr. § 651. È questo il cosiddetto « contratto di somministrazione d'opera » (*Werklieferungsvertrag*); e del resto è verissimo che questa ipotesi non ha applicazioni così frequenti, come quella opposta, che ha richiamato in modo speciale l'attenzione dei giuristi e del legislatore. Cfr. LÖNNER, *Arbeitsvertrag*, I, p. 214 sg., il quale ricorda come persino i quadri, eminentemente insostituibili, sogliono essere determinati secondo il numero e la misura: la misura è elemento essenziale in un catalogo di vendite artistiche. Dato il sistema qui indicato del Codice tedesco non insisterò nella citazione di autori tedeschi.

²) Op. cit., p. 68.

³) In questo senso pure il KRAINZ, *Das System d. allg. Privatrechts*, II, p. 261.

di lavoro; ma che l'obbligazione si possa soddisfare anche con una prestazione che non sia di fare, ma di dare, puramente; perchè lo scopo cui la obbligazione mirava sarebbe raggiunto anche con questa diversa prestazione. In proposito va subito avvertito che il debitore non potrà sempre operare questa sostituzione; lo potrà quasi sempre, ma non è escluso che il contratto lo vieti, se il committente intendeva proprio fare assegnamento sulle attuali attitudini di lavoro dell'altro contraente. Quando poi sia ammessa, non abbiamo una dazione in pagamento, perchè la cosa è precisamente quella che il debitore doveva procurare col proprio lavoro; si abbia o no l'attuazione completa dell'obbligazione, certo è che l'estinzione sua, conforme alla sua natura teleologica: un'applicazione del principio generale per cui l'obbligazione non è che mezzo e fine, e che perciò, pur costituendo l'obbligo di fare, il contratto può tuttavia autorizzare il debitore a raggiungere il medesimo intento anche per via differente.

Ma soprattutto quella costruzione non mi persuade. Quando i prodotti del lavoro siano determinati nel genere, e vi è quindi la possibilità per l'industriale di adempiere la prestazione col consegnare prodotti già pronti, gli manca una obbligazione di fare come elemento tipico e imprescindibile; il debitore può anche non fare, ma limitarsi a dare. In tal caso vuol dire che il creditore non ha particolari esigenze di elaborazione, ma che si contenta di prodotti comuni già pronti; esso non esige un'attività produttrice del debitore successiva alla stipulazione del contratto. La cosa muta d'aspetto quando abbia speciali esigenze di disegno o di fattura che sopprimano la possibilità di utilizzare le merci già esistenti nei magazzini, e impongano all'industriale la necessità di una apposita produzione; qui conseguenza del contratto è un'imprescindibile obbligazione di fare, e indubbiamente se il lavoro prevale vi ha contratto di lavoro ¹⁾. In quest'ultimo caso vi ha sempre un genere, ma un genere assai più limitato e abbracciante esclusivamente i nuovi prodotti che saranno elaborati appositamente ²⁾.

¹⁾ E chiaro che sarà più frequente per la grande industria la disponibilità di altri prodotti identici, e per l'artigiano la mancanza di questa disponibilità. Ma siccome l'artigiano pure può comprare da un grosso industriale i prodotti richiesti, e speculare sulla differenza di prezzo (facendo così opera di commerciante, e non di artigiano) così è chiaro che anche per lui manca l'obbligo imprescindibile di fare, e quindi il contratto di lavoro. È però vero che l'artigiano più facilmente si presta a lavori speciali, di non gran mole e di disegno particolare, che talora sono rifiutati dalla grossa industria per l'impossibilità di una produzione in grande.

²⁾ Questa è opinione ormai assolutamente prevalente. Cfr. EMERICH, *Kauf und Werklieferungsvertrag* (1899), pag. 19; RIEZLER, *D. Werkvertrag*, cit., p. 55; VITA LEVI, *Dig. ital. v. Appalti*, n. 9; ZEILLER, *Kommentar*, III, p. 502; BELLINI, in *Filangieri*, 1905, 498.

È evidente che se, pur sussistendo a disposizione del debitore altri prodotti della medesima qualità, egli si decide a confezionarli appositamente, questa attività non è affatto *in obligatione*; ma è attuata volontariamente dal debitore. Se invece non vi sono, nel momento della stipulazione del contratto, altri esemplari a sua disposizione e il debitore non può neppure procurarseli da altri, allora la attività produttrice si impone da sè, fin dal momento in cui il contratto è stipulato: ma anche se il debitore ritenesse erroneamente che non fosse necessaria, e se avesse anzi stipulato il contratto con questa convinzione? È questo un errore che cade su elemento essenziale? È chiaro che l'industriale pensò erroneamente a una pura vendita, a un contratto di dare; mentre in realtà si tratta di ben altro: cioè di un fare, di un contratto di lavoro, se proprio è certo obbiettivamente che egli non possa soddisfare il suo debito se non con la produzione delle merci promesse, il che è quanto dire se il genere cui queste merci appartengono è scomparso o non è accessibile al debitore che faccia uso della diligenza normale a un industriale ¹⁾. Parrebbe dunque trattarsi di un *error in ipso negotio*, che dà luogo all'annullabilità del contratto. Ma io dubito che questo sia consentaneo coll'equa tutela dell'aspettativa dell'altro contraente; e che la differenza tra i due tipi contrattuali, che ammettono tutti e due l'onerosità, sia così profonda da rendere rilevante questo caso di errore nel tipo di negozio ²⁾.

Io non mi nascondo la gravità della conseguenza pratica cui con ciò si arriva; cioè l'esclusione dal campo del contratto di lavoro di un buon numero di contratti in cui quasi sempre vi sarà un'attività di lavoro, benchè non strettamente necessaria. Questo anzi non può non impressionare a tutta prima: ma, si può dire, se l'industriale produce anzichè sfruttare una provvista già pronta, o acquistare da altri prodotti già pronti ecco che vi ha tutta l'apparenza di un normale contratto di lavoro! In realtà l'esservi o no un'obbligazione di fare (l'abbiamo constatato a suo luogo) è un elemento indispensabile, perchè imprime al contratto la sua particolare fisionomia. E qui, a stretto rigore, una

¹⁾ È bene ribadire che l'essere il contratto una vendita deriva non dal fatto astratto che il prodotto appartenga a un *genus*, ma dal fatto concreto che manchi una perentoria obbligazione di fare. Come si vede l'opinione espressa nel testo tollera una certa relatività nell'applicazione, poichè bisogna esaminare caso per caso.

²⁾ Nel silenzio del Codice in proposito dobbiamo applicarne i principi generali, che tendono a temperare la tutela del dichiarante con quella dell'aspettativa dell'altro contraente. Un industriale che volesse sfuggire ai suoi impegni colla scusa dell'errore di cui nel testo è probabile che non sia da annoverare tra gli industriali probi. È evidente l'importanza pratica della questione: è ad es. lo sciopero della maestranza che può indurre l'industriale ad aggrapparsi a questa scusa.

siffatta obbligazione manca, se la prestazione si può attuare diversamente.

Ma se non è contratto di lavoro sarà dunque vendita senz'altro? La dottrina, specie italiana, per lo più risponde affermativamente. Eppure questa soluzione non soddisfa per nulla le ragioni del lavoro. Per dirne una il venditore non ha diritto a correggere i difetti del prodotto mentre lo ha il conduttore d'opera; ora dovremo noi negare qui questa facoltà all'industriale o all'artigiano che abbiano elaborato e prodotto le merci, anzichè sfruttare le proprie provviste, o acquistarle da altri? Lo dovremo noi sottoporre senz'altro alle conseguenze di un'azione contrattuale o edilizia? La morte dell'artigiano non ha influenza dunque sulla persistenza del rapporto, quand'egli abbia iniziato e non condotto a termine l'attività produttrice? Il codice tedesco ha visto la difficoltà, e ha infatti applicato a questi casi una certa quantità di norme proprie del contratto di lavoro; per tal modo il rapporto è soggetto a una disciplina mista con regole proprie della vendita e proprie del contratto del lavoro. Nel codice nostro una disposizione siffatta manca. Tuttavia pur ammettendo la vendita, credo estensibili quelle norme che presuppongono il lavoro: non è lavoro obbligatorio, ma è pur sempre prestazione di attività, cioè sussiste la ragione di quelle norme. Ad ogni modo il giudice, qui, ha a battere una via segnata non tanto dal Codice direttamente, quanto dalla sua retta comprensione dei principi generali: è uno dei casi in cui potrebbe intervenire una futura legislazione disciplinatrice.

Quando invece la prestazione di lavoro (obbligatoria) sia attuata, ad es., al prodotto mal riuscito sia surrogato un altro prodotto del lavoro attuale dell'artefice e il contratto di lavoro sussista senza anomalie, nulla ci impedisce dall'ammettere una locazione d'opera, in cui però i materiali da somministrarsi dall'artefice, per non essere stati determinati nella specie d'accordo col committente, sono sostituibili. Con ciò si spiega come l'artefice possa nel frattempo disporre a favore d'altri ancora della cosa che sta formando o che ha finito, ma non ancor consegnato al primo committente: ciò che del resto non è sempre assolutamente possibile. Data l'autonomia del lavoratore nella locazione d'opera, per ciò che concerne la condotta del suo lavoro, se i termini di consegna lo permettono egli è sempre libero di rinnovare l'attuazione del lavoro, coll'effetto che anche ora la sua è attuazione di lavoro per altri, imprescindibile per il raggiungimento del risultato ¹⁾. Insomma l'opera stessa compiuta è pur sempre sostituibile. Come dice esattamente il Mommsen ²⁾, coll'aver terminata l'esecuzione dell'opera

¹⁾ Il lavoro del medesimo artefice ha sempre una identica importanza, come svolgimento di attitudini sue speciali.

²⁾ *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, p. 366.

non si è raggiunto altro scopo che di aver formato una cosa che può essere adoperata per la soddisfazione della prestazione: ma con ciò non si è affatto individualizzato l'oggetto della prestazione ¹⁾.

183. Ma il problema si complica quando si tratti di commissioni date a industriali, di contratti stipulati dai committenti coi grossi manifatturieri, ecc. Qui, oltre alla sostituibilità del materiale determinato solo nel genere, si aggiunge anche la molteplicità dei committenti. È qui anzi che si appuntano gli strali dei fautori della vendita, sostenendo che qui dalla combinazione dei due elementi scaturisca la mancanza di una direzione determinata dal lavoro dell'industriale verso ognuno dei committenti.

Il problema, che ora si agita come se fosse nuovo, non lo è punto. Già il Semeraro, in una sua vecchia monografia ²⁾, vi aveva richiamato l'attenzione. L'idea sua fondamentale era la seguente. Data la somministrazione della materia per parte dell'artefice, perchè vi sia locazione d'opera occorre che tale materia se la possa procurare anche il committente, e l'artefice lo faccia quasi per procura. Ma se « per l'indole stessa dell'industria questa deve versarsi tanto sull'opera quanto sui materiali », c'è vendita. Più precisamente il Semeraro pone questi due criteri: 1.° Occorre si tratti di un'impresa con impiego largo di capitali avente la loro debita remunerazione; 2.° Occorre che l'impresa abbia per iscopo di *comperare la materia greggia per rivenderla lavorata* (sono sue parole testuali).

A ciò si può rispondere anzitutto col ritenere strano il primo criterio che ammette la *vendita* quando vi sia il concetto di « impresa ». Come mai questo concetto affatto economico, portante solo all'ingrandimento del medesimo fenomeno giuridico verificantesi per modesti lavoratori (i piccoli artigiani), dovrà influire sulla natura appunto di cotale fenomeno? Per qual motivo se Tizio per le commissioni avute acquista materia prima in grande quantità con movimento di capitali, si deve avere un rapporto giuridico diverso, coi committenti, da quello che si avrebbe se la cerchia delle operazioni e la quantità delle commissioni fossero minori? È notevole che la differenza tra i due casi, vendita o locazione, si riduce a tutto questo, che è ben poco! ³⁾.

¹⁾ Cfr. VITA-LEVI, *Dig. ital.*, v. *Appalti*, n. 74 e n. 9. Questo argomento desunto dalla sostituibilità o no del materiale ha esercitato un fascino singolare sui redattori del Codice civ. tedesco. Il Codice federale delle obbligazioni tace in proposito. Anche il CHIRONI, *Colpa contratt.*, p. 181 nota, aderisce al medesimo ordine di idee del codice germanico.

²⁾ *Foro ital.*, 1876, I, 742.

³⁾ A conferma riportiamo alcune parole del SEMERARO. « Così i sarti, i calzalai, gli orefici, che traggono un discreto lucro dalla loro sola opera, quand'anche questa fosse così vasta da potersi chiamare industria, faranno sempre contratti di locazione, tuttochè forniscano o procurino essi medesimi la materia da lavorare. Ma

Oltre a ciò, nel secondo criterio proposto dal Semeraro, vi è per lo meno una petizione di principio, o una tautologia: una volta asserito che si deve comprare per rivendere, cessa la questione se si abbia o no una locazione d'opera. Quella seconda caratteristica dunque non ci interessa. In realtà, come già abbiamo accennato, nella dottrina il dubbio è nato da ciò, che qui sembra venir meno quella *faciendi necessitas* in vantaggio di un determinato committente che si proietta sull'attività dell'artefice, in quanto vi è chiaramente impressa la destinazione a vantaggio di quel determinato committente. L'industriale fabbricatore di cappelli, di abiti, ecc., lavora simultaneamente per un gran numero di committenti. Sembrerebbe dunque che l'attività sua sia esercitata per conto proprio, appunto perchè manca la chiara destinazione per determinate persone creditrici del lavoro. In omaggio a questi principi un'opinione abbastanza diffusa ancor oggi porta a ritenere esservi qui vendita di cosa futura ¹⁾. Anche il Carnelutti ²⁾ aderisce a questo concetto, già sviluppato dal Calabattista, sviluppandolo nel senso che « se il fornitore produce l'elettricità per i clienti non si può dire che la produca per questo o quel cliente ». E allora niente locazione d'opera, perchè per questa occorre che la *res nova* nasca in proprietà del committente, e se i prodotti non sono determinati nella specie, ciò non è possibile. Prescindiamo qui per ora da quest'ultimo concetto, in cui già ci siamo imbattuti, che nella locazione d'opera la proprietà del nuovo prodotto fatto dall'artefice con proprio materiale debba nascere subito nel committente, ciò che io non credo, ripeto, perchè, come vedremo, ritengo essenziale la *approbatio* anche a questo trasferimento. Il pensiero di questa dottrina è concisamente riassunto in questa formula del Carnelutti: che l'artefice

quando si tratta di opifici industriali che, come abbiamo detto, hanno a loro scopo l'acquisto della materia greggia con impiego di capitale e la trasformazione di questa in opere manufatte il contratto che si forma è una vera compra-vendita di cosa futura sottoposta alla condizione dell'approvazione del committente ».

¹⁾ TARTUFIARI, *Vendita e riporto*, p. 69. Così anche il COVIELLO (N.), *Caso fortuito*, p. 246-247. « Se contratto con un fabbricante di tessuti, di stoffe, di cappelli, di abiti, per avere gli abiti, ecc., che saranno secondo la moda parigina dell'anno venturo, io conchiudo una compra di cosa futura, non già una locazione d'opera, perchè quel fabbricante lavora o fa lavorare per conto proprio e non si è obbligato a lavorare per conto mio ».

²⁾ In *Rivista dir. comm.*, 1913, I, p. 367. Il CARNELUTTI, nella stessa *Rivista*, 1910, II, 280, aveva adottato come criterio distintivo per il caso da cui l'artefice somministra proprio materiale questo: se consegue il risultato per conto proprio è vendita, se per conto altrui (cioè se il committente acquista subito la proprietà dell'opera) è contratto di lavoro. Osservò però che anche ammessa l'elaborazione per conto altrui, rimane sempre a vedere se predomina il lavoro o la materia. Quando nel testo ci opponiamo alla teoria della vendita, non intendiamo con ciò adottare senz'altro la teoria del contratto di lavoro, ma solo subordinatamente alla prevalenza del lavoro.

produce « per tutti, cioè per nessuno; cioè per sè e poi... vende » ¹⁾. Io veramente non mi so capacitare come produrre per tutti sia produrre per nessuno: che i prodotti si possano sostituire, ripeto, non toglie che l'attività dell'industriale sia convogliata e indirizzata nella direzione dei destinatari di essi; tanto basta perchè vi sia contratto di lavoro ²⁾. Notiamo che il *conductor operis* è autonomo, nell'attuazione del lavoro: ma ciò non riguarda che l'attuazione tecnica del lavoro, e i suoi rischi, non già la destinazione sua all'utilità altrui, che indubbiamente sussiste ed è compatibile con quella autonomia.

L'importante è che vi sia una *faciendi necessitas*, e cioè una prevalente attività dell'industriale, come elaboratore della materia prima. Ma quando risulti obbiettivamente l'importanza prevalente della *faciendi necessitas* ³⁾, e quando d'altra parte si sappia che l'industriale è spinto a questo lavoro dalle commissioni avute, che quindi la sua produzione ha già la sua destinazione (come per lo più accade, per evitare l'ingombro dei magazzini e proporzionare la produzione ai bisogni) non possiamo più dire che quell'industriale lavora per conto proprio!

Quando dunque l'industriale non produce che dietro commissione non mi pare che la mancanza di un collegamento determinato tra ogni singolo committente e la parte del prodotto che a lui si riferisce sia un ostacolo insormontabile: è lavoro destinato ad altri, e messo in moto dalle commissioni avute, tanto basta. Il problema si complica, almeno a tutta prima, se l'industriale produce anche nella speranza di future vendite (non dico produce per conto proprio, per

¹⁾ Cfr. pure KRAINZ, op. e l. cit.: in tal caso il modo e la continuazione del processo produttivo non toccano il committente.

²⁾ Partendo dal suo punto di vista ciò nega il CARNELUTTI, pel quale il fare nell'ipotesi che si preoccupa, è « un momento precontrattuale » (op. cit., p. 367). Se vi è vendita, e non vi fu incarico (l'ipotesi di cui sopra, p. 501 sg., in cui manca l'obbligo di fare) il CARNELUTTI ha ragione. Ma che così sia, quando l'attività di lavoro dell'industriale è determinata dai contratti, mi sembra di dover assolutamente escludere: vendita o contratto di lavoro certo il lavoro qui è messo in moto dalle commissioni degli utenti: e quindi è attività post-contrattuale.

³⁾ A proposito delle commissioni date a chi fa professione di un dato lavoro, abbiamo già visto nel testo che se la tesi assoluta propugnata per lo più fosse vera, bisognerebbe non limitarla a chi abbia una vera e propria industria manifatturiera in grande, ma a qualunque artefice anche modesto che abbia più commissioni contemporaneamente da più parti, relativamente a prodotti determinati nel genere. Effettivamente le ragioni proposte per quel caso sussistono anche per questo. E allora tanto varrebbe l'accogliere l'opinione già propugnata dal SINTENIS (op. cit., II, p. 609, nota 34), per cui vi è compra di una cosa futura da elaborarsi quando il venditore è insieme anche produttore della cosa; e non vi è compera quando non lo sia professionalmente: ad esempio, se commetto (?) un anello ad un calzolaio (cfr. DNIESTRZANSKI, op. cit., p. 13).

Pambiguità di questa espressione). In tal caso ritiene il Calabattista ¹⁾ che « il lavoro fatto per uno dei tanti clienti svanisce di fronte a un lavoro unico complessivo che il produttore fa per conto proprio e a suo piacimento ». Io trovo che non bisogna soverchiamente materializzare la « destinazione del lavoro per altrui utilità ». È indubbio che una parte dell'attività dell'industriale, difficilmente individualizzabile è vero, ma pur sussistente in modo certo, è destinata all'utilità altrui, ed è stata messa in moto dalla commissione ricevuta. Tanto basta perchè contratto di lavoro vi sia.

Ma vi sono anche altri motivi che hanno condotto alla generalizzazione, che noi combattiamo, della teoria della vendita ogniqualevolta si tratta di commissioni fatte a industriali manifatturieri. Quando, scriveva il Semeraro, vi è opificio con movimento di capitali, non è più il rapporto tra conduttore e locatore che interessa, ma bensì gli interessi vitali e sacri del commercio. Il Semeraro formulava un doppio ordine di considerazioni che portano a preferire la teoria della vendita, come più salutare pel commercio.

a) È indispensabile per la tutela del commercio l'ammettere la garanzia accordata alla vendita circa difetti o vizi della cosa, il tempo della consegna, il prezzo del nolo impiegato per spedirla (?), il getto o le avarie sofferte durante la navigazione, la risoluzione del contratto frequente e necessaria nel commercio. Ma rispondiamo subito che queste garanzie sono in buona parte sancite anche per la locazione d'opera: talune regole della vendita si intendono poi proprie anche della locazione d'opera, non tanto per un principio di applicazione analogica, quanto perchè derivanti dalla struttura intima di quell'ultimo contratto: è quanto noi verremo man mano esponendo.

b) In caso di responsabilità occorre tener conto degli interessi dell'industria, non della sola materia o mano d'opera cui limitasi il trattamento legislativo della locazione d'opera; inoltre è difficile distinguere materia da mano d'opera nel prezzo delle manifatture. L'accusa è molto vaga, indeterminata; ma ci accontentiamo di notare che se il Semeraro, come par naturale, intenda alludere alla responsabilità dell'industriale per l'inadempimento della commissione, data la concezione del Semeraro, che consisterebbe in una vendita sotto la condizione sospensiva dell'approvazione del committente, non so capire quale differenza vi possa essere tra l'esservi una vendita o una locazione d'opera! La difficoltà del distinguere materia e mano d'opera? Intanto la difficoltà non ci sembra seria: perchè qualunque industriale suole tener conto accurato delle spese di produzione: si può quindi

¹⁾ *Natura del contratto di somministrazione di energia elettrica*, in *Giurisprudenza ital.*, 1904, IV.

facilmente distinguere nel prezzo le spese di materia prima e quelle di lavoro. Inoltre non è necessario ricorrere al prezzo o al confronto dei due valori (materia — mano d'opera), ma all'importanza in sè dell'un elemento in confronto all'altro; il costo di produzione ci potrà spesso offrire un criterio, ma non sempre: si supponga che la materia rincarisca improvvisamente!

Del resto la giurisprudenza è prevalentemente nel nostro senso. La sentenza che il Semeraro annotava ¹⁾ ammetteva esservi una locazione d'opera nel caso di una commissione di molte locomotive data a una società manifatturiera meccanica, notando (questo è importante) che l'esecuzione doveva aver luogo su un tipo prestabilito. E certissimo che in questo caso vi ha locazione d'opera, come già vedemmo. E notevole poi anche che l'esempio fatto dal compianto Coviello cade appunto in cotesta categoria, mentre il Coviello concludeva per la vendita: il caso cioè di una commissione di abiti o cappelli data a un industriale manifatturiero secondo la moda dell'anno corrente o seguente; si dà un tipo, si esige un lavoro accurato secondo questo tipo. La decisione del Coviello disconosce la funzione prevalente del lavoro nel rapporto giuridico!

In conclusione ripetiamo che il criterio della sostituibilità nulla dice in favore dell'una piuttosto che dell'altra tesi ²⁾; non è all'individuazione di una data opera che dobbiamo aver riguardo, ma all'elemento « lavoro », in quanto domini il lavoro che signoreggia e piega la materia, e abbia per fine immediato l'utilità di un'altra persona. Questo elemento è estraneo alla vendita, che si comprende solo come mera tradizione susseguente al consenso di ambo le parti. In questa ultima osservazione, che è una parte della nostra difesa, sta poi un concetto giuridico molto sottile: un concetto che troviamo lumeggiato specialmente dal Bechmann ³⁾. E cioè: oggetto di una vendita non può essere che un « bene indipendente, isolato » che tragga in se solamente la ragione d'essere e l'utilità che è destinata a procacciare a chi la riceve nel proprio patrimonio. Ora, una cosa, in quanto per averla occorra risalire ad altri fattori (nel caso nostro e l'attività umana), non può essere ritenuta un bene indipendente; in tal caso occorre, per averla, ricorrere all'attività dell'uomo, ed entrare in rapporto con essa, sfruttarla. Non si può insomma considerare l'utilità di quel bene indipendentemente dall'uomo di cui non è che una funzione ⁴⁾.

¹⁾ Cass. Firenze, 29 gennaio 1876, *Foro ital.*, loc. cit.

²⁾ E non può perciò essere eretto a criterio distintivo tra due tipi di contratto, come ha fatto il Codice civ. tedesco.

³⁾ *Op. cit.*, II, p. 161, 118.

⁴⁾ Ed è per questo motivo che le *operae* e l'opera non furono in diritto romano

184. Naturalmente la teoria della vendita ¹⁾, sia che essa abbia per oggetto il lavoro, sia che miri — come dai più si sostiene — al prodotto del lavoro — non può non riferirsi alla vendita di cosa futura. In ambo i casi, si può dire, c'è l'accordo tra due parti avente per oggetto la consegna di una cosa che non esiste ancora, ma deve essere, nel tempo intermedio, prodotta.

Ma anzitutto, se ciò fosse, sarebbe forse discutibile se il pagamento del prezzo sia subordinato in modo assoluto e completo alla produzione della cosa conforme al desiderio del compratore. Secondo l'opinione che io credo più accettabile l'ammontare del prezzo o il pagamento del prezzo stesso nella vendita di cosa futura non è subordinato alla condizione che il compratore possa avere il godimento di tutta la cosa promessa. Basta che per lo meno in embrione, nella sostanza, la cosa si produca: ma può essere in quantità maggiore o minore: ciò non influisce sulla controprestazione, che è dovuta integralmente, anche quando la cosa sorga ad esistenza, ma in quantità e proporzioni minori di quanto il compratore si aspettava. Bisogna anche pensare che se la cosa riesca in quantità maggiori, ciò non influisce sul prezzo, e allora il vantaggio è del compratore. Questa teoria non è veramente pacifica nella dottrina: ma, oltre che il dibattito non è notevole ²⁾, questa teoria ha in suo favore la logica giuridica, che impone l'applicazione dei principi della vendita, quando il contrario non risulti dalla volontà dei contraenti. Ora, ognuno vede quanto inopportuna sia quella teoria per il contratto che ha per oggetto la somministrazione di una cosa, ma una somministrazione in cui l'elemento dominante è il lavoro del debitore. In tal caso — di regola — non si ritiene che le parti si siano rimesse al caso, facendone subire le conseguenze al creditore, ma, siccome primariamente la produzione della cosa dipende dall'opera del debitore, si concepisce che il creditore intenda pagare solo in ragione del godimento che la cosa potrà procacciargli. La situazione nei due contratti è molto diversa: sempre ammesso, si intende, che il contrario non risulti dalla volontà delle parti; come ad esempio se nessuna mercede sia stata fissata, e questa sia promessa in ragione della quantità di lavoro speso per ottenere il risultato, non in ragione di quest'ultimo. Ma questo caso è eccezionale.

oggetto di vendita: i fatti il punto di partenza per la configurazione della compravendita fu il dare e il prendere reciproco; non la reciproca promessa indispensabile per il lavoro umano. Cfr. BRINZ, *Pandette*, II, § 325, nota 23.

¹⁾ Accolta nel Codice del Perù; cfr. RAOUL DE LA GRASSERIE, *Cod. del Perù*, p. 190; e del Cile, RAOUL DE LA GRASSERIE, *Cod. del Cile*, p. 331.

²⁾ In favore cfr. DERNBURG, *Pand.*, II, § 94, num. 13; contro ENDEMANN, nella *Grünhut's Zfzt.*, XII, n. 6.

Ma non basta. Vi è un'altra difficoltà ad ammettere la teoria della vendita di cosa futura, difficoltà però che ha ragion d'essere solo pel caso praticamente meno importante che i materiali di cui deve servirsi l'artefice e che egli somministra siano stati determinati nella specie dal committente. Il principio cardinale tosto che egli possa far valere il suo diritto di credito, per essersi individualizzata e resa certa la cosa da consegnargli. Quando la cosa è futura, nel caso che ora abbiamo esposto, passerà quindi in proprietà dell'acquirente nel momento in cui essa è sorta ad esistenza conformemente al contratto, non dopo, quando questa conformità sia stata giudicata e constatata personalmente dal compratore. Ora può esser questione se questa regola si debba applicare pure al caso in cui l'attività elaboratrice del debitore abbia una parte preponderante nella formazione della cosa desiderata dall'altra parte ¹⁾. Qui sta il vero punto di differenziazione tra i due rapporti. Tutta l'argomentazione che l'Ehrenberg ha proposto per caratterizzare la necessità di questa differenziazione e la prevalenza delle regole della *locatio operis* come più opportune, non ha ragion d'essere ²⁾.

Si noti che nel caso in cui i materiali non siano per opera del committente stati designati nella specie la regola è uguale per il contratto di lavoro come per la vendita di cose future ³⁾. La questione è di-

¹⁾ È la teoria della separazione bilaterale, in cui è compresa l'accettazione o verifica per parte del compratore. Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Vendita*, p. 167: TUFARI, *Vendita*, n. 165.

²⁾ Op. cit., p. 278 sg.

³⁾ Questo appunto non ha compreso l'Ehrenberg, il quale parte dal concetto che quando l'artefice separa dal *genus* la quantità di materiale occorrentegli per l'elaborazione dell'*opus* sia con ciò avvenuta l'individualizzazione del materiale. E allora prosegue: se fosse vendita, a questo punto il rischio passerebbe al creditore; ma questo è inopportuno, perchè rimane come elemento caratteristico per la struttura tipica della *locatio operis* un più o meno lungo lasso di tempo da dedicarsi all'attività elaboratrice del debitore. Se in questo frattempo il rischio fosse del creditore. l'altro avrebbe in tutti i casi di accidenti fortuiti il prezzo sicuro, e ciò lo indurrebbe a favorire il caso fortuito, a provocarlo, ciò che pur troppo in pratica si può riescire a fare impunemente. Ora, pur riconoscendo il valore di questa ultima ragione, errato è, secondo l'opinione nostra, il concetto fondamentale; che con quella separazione non avviene nessuna individualizzazione. Già vedemmo nel precedente numero che i materiali forniti dal conduttore d'opera rimangono sostituibili durante il periodo di elaborazione. Ora questo è vero sempre, quando si tratta di elaborare in vario modo della materia prima per farne una data opera, e sempre, si intende, la materia sia somministrata dal debitore della cosa, e non sia designata che nel *genus*. E cioè, prevalga o no la materia o il lavoro, siavi locazione d'opera o vendita, la sostituibilità dura finchè non intervenga un atto che valga a determinare l'individualità della materia. Qui non si ha che applicare — ove si tratti di vendita — la regola sancita per la vendita di cose generiche. E

versa invece quando i materiali forniti dall'artefice fossero determinati nella specie sin dall'origine. La cosa si potrà dire come in certo modo nel patrimonio del creditore già nel momento in cui ha termine l'attività di elaborazione dell'artefice, in quanto abbia prodotto un risultato conforme al contratto, oppure occorre che questa conformità venga constatata personalmente al creditore?

Per lo più non si è fatta una distinzione tra vendita di cosa futura e *locatio operis* su questo punto, sia per concludere in un senso come nell'altro ¹⁾. E da un punto di vista romanistico questo si spiega benissimo: la vendita di cosa futura in diritto romano comprendeva anche il caso in cui l'elemento « lavoro » fosse prevalente. Si può ammettere quindi che si ritenesse opportuna la *adprobatio*. Ma secondo noi una distinzione si impone oggi, dato il criterio nostro differenziale tra i due contratti. A me pare che la questione sia stata posta bene dal Mommsen nella sua replica al Windscheid. La storia di questa piccola polemica è interessantissima per la soluzione cui vogliamo arrivare. Il Mommsen nel primo volume dei suoi *Contributi* ²⁾ aveva dato importanza esclusiva al sorgere ad esistenza della cosa: questa esistenza dovrebbe essere considerata come una condizione, presupposto però che la cosa sia quella contrattualmente voluta. Il Windscheid obiettò che per il passaggio del *periculum rei* al compratore era da considerarsi l'*adprobatio* come una condizione sospensiva ³⁾. Il Mommsen rimase alquanto scosso dalle obiezioni del Windscheid: non accampò più le fonti in suo sostegno, ma ne fece una questione di intenzione. Bisogna vedere, disse, quale è l'opinione dominante nel comune commercio; ora, secondo il Mommsen le parti non pensano alla necessità della verifica per il passaggio del rischio e pericolo, l'opinione comune sarebbe contraria dunque alle conclusioni del Windscheid. Da tutto ciò trapela una conclusione che mi preme

noto che su questo punto sono state proposte varie teorie; la più acconcia è quella che esiga un atto bilaterale del venditore e del compratore; il codice (art. 1450) accenna alla separazione avvenuta, si intende, *coram emptori*.

Se noi avessimo dunque la figura della vendita, l'individualizzazione del materiale noi non la potremmo considerare come avvenuta col formarsi della cosa, ma solo quando un atto comune delle due parti (offerta e accettazione dopo la verifica) abbia definitivamente concentrata l'obbligazione su determinati materiali. Ed è solo allora che la proprietà si trasmette.

¹⁾ Veramente non si distingue neppure se i materiali da fornirsi dall'artefice siano determinati o no nel genere. E così si arriva, come fa il DALLOZ, *Suppl. au Rép.*, v. *Louage d'ouvrage et d'industrie*, n. 60, a ritenere applicabili puramente i principi della vendita di cosa futura o « dire in modo indeterminato che « c'est l'achèvement de l'ouvrage qui est l'événement futur et incertain duquel dépend son obligation » (n. 66).

²⁾ Pag. 366.

³⁾ *Heid. Krit. Ztsch.*, II, p. 141; *Pand.*, § 401, nota 14.

di notar subito: ed è che sul terreno romanistico la soluzione è resa assai più difficile, per la promiscuità dei casi compresi nella rubrica « vendita di cosa futura ». Ma oggi — in base alle odierne codificazioni — dobbiamo guardare se prevalga l'elemento « lavoro » o l'elemento « consegna di una cosa sorta più per opera di natura che di lavoro umano ». E a me pare che i due casi siano molto diversi. Certo in ambedue il rischio si intende che debba gravare sul creditore solo se la cosa è tale quale egli la desiderava. Ma quando vi sia la prevalenza dell'opera della natura di regola non si può più far questione di formazione secondo contratto o no della cosa: la quale non può essere diversa da quella che la natura può fare. Quando le parti si sono rimesse all'opera delle forze naturali, c'è sempre qualcosa di aleatorio; ad esempio io ti vendo i frutti del mio campo che otterro nella stagione ventura. È l'esempio classico: buoni o cattivi i frutti sono sempre quali madre natura li produce. In questi casi mi sembra difficile il conciliare con questo carattere del rapporto il concetto di garanzia delle qualità della cosa: questa garanzia vuol essere, per lo meno, espressamente assunta ¹⁾ e allora la questione potrà mutare. Ma sono casi normali. L'unico pericolo veramente serio è quello della sostituzione di una cosa all'altra. A ciò la verifica non è un rimedio gran che efficace, e, più che altro, non è questa una difficoltà così seria da opporsi al concetto cui noi aderiamo.

Il quale l'Ehrenberg riassume molto bene con ciò ²⁾, che influente è il momento in cui la cosa è atta ad essere consegnata e presa in possesso dal creditore: oggettivamente non vi è ragione alcuna né economica né giuridica per protrarre la responsabilità del compratore. Insomma, quando l'opera prevalente è della natura, col semplice sorgere ad esistenza della cosa questa può considerarsi come suscettibile subito di entrare nella sfera patrimoniale del creditore; è in questo momento che a lui se ne trasmette la proprietà. Quando invece prevalga l'attività elaboratrice del debitore, in tal caso è insito il concetto di garanzia di certe qualità contrattualmente determinate. E, data la variabilità e la varietà del lavoro umano, che non è costante e regolare, e quindi non facilmente prevedibile, come il lavoro della natura, e d'altra parte ritenuto che questa non si può moderare e

¹⁾ In ambo i casi abbiamo una *emptio rei futurae*, purchè sia certo che la cosa verrà ad esistenza. Se è incerto si ha la *emptio rei speratae*. Questa è secondo noi la vera differenza, che si aggira intorno alla certezza o no dell'esistenza futura della cosa, non alla garanzia della qualità della cosa futura come pensa il COVIELLO, *Caso fert.*, p. 242 e seg. Secondo il COVIELLO la *emptio rei futurae* si perfeziona solo se la cosa esista colle qualità volute dalle parti; l'*emptio rei speratae* invece indipendentemente da ciò, col semplice esistere della cosa.

²⁾ Op. cit., p. 279.

correggere come l'opera dell'uomo, si concepisce nel comune commercio la necessità della verifica, la necessità che il committente abbia a constatare personalmente la corrispondenza della cosa alle qualità garantite nel contratto, o tacitamente (perchè garantite nel comune commercio) o espressamente ¹⁾: ciò anche pel trasferimento della proprietà ²⁾.

Questo noi riteniamo consono coll'intenzione delle parti; è naturale che il committente non intenda fidarsi ciecamente dell'abilità dell'artefice, ma intenda prima controllare la bontà del risultato. Abbiamo visto che il Windscheid intuì benissimo l'importanza che nel diritto romano dovevasi dare alla *adprobatio* nella vendita di cose future; e cercò di rimediare ammettendo che questa compra-vendita si deve intendere fatta sotto condizione di approvazione, sempre: quindi anche nel caso in cui la materia fosse già originariamente determinata nella specie. Ma è un ripiego, o meglio una scappatoia che strappa questo contratto alla vendita e lo colloca naturalmente sotto la rubrica della locazione d'opera e prova, meglio di qualunque altra dimostrazione, a quali tortuosità si è condotti a voler seguire la teoria romanistica ³⁾.

¹⁾ Questa distinzione tra vendita di cosa futura e locazione d'opera è negata dal COVIELLO, che fa la teoria dell'acquisto in genere di cose future, salvo poi a definire se questo acquisto sia compra-vendita o locazione d'opera. Invece il CROME, *Obbl.*, § 17, nota 62, ritiene che quando l'artefice somministra il materiale si abbia sempre vendita di cosa futura; e che il rischio e pericolo in tal caso passi al creditore solo quando la prestazione del debitore sia compiuta: nel che comprende l'offerta e rispettivamente l'esame della bontà dell'opera eseguita, se il creditore spontaneamente si presenti per tale collaudo. È quindi teoria assai più avanzata di quella che noi sosteniamo rispetto a quella del COVIELLO. Con noi sostanzialmente il RIEZLER, cit., p. 66.

²⁾ Il CARNELUTTI, op. e l. cit., pensa invece che col formarsi della *species nova*, cioè del prodotto di cui il lavoro ha mutato la specie, la proprietà ne sorga, a titolo originario, nel committente (e in questo senso pure il BONFANTE, in *Foro ital.*, 1901, 1, 908); invece il CARNELUTTI accoglie il nostro concetto pel caso di vendita; cioè di lavoro fatto per conto proprio dall'artefice. Per la vendita noi accogliamo un concetto differente, ma limitatamente a quella vendita che si confonde con la locazione d'opera; cioè elaborazione preceduta da un incarico del committente e lavoro per conto altrui, ma meno notevole della materia.

³⁾ A questa tortuosità si arriva su terreno romanistico: oggi la soluzione della questione è assai più logica come a suo tempo dimostreremo. È notevole come il LAURENT (XXVI, n. 6 i. f.), che volle rimanere fedele alla teoria romanistica, dovette pure far ricorso alla teoria di una condizione sottintesa di approvazione, tal quale, come il WINDSCHEID, per il caso in cui la materia sia determinata già nella specie dal compratore (compratore secondo LAURENT). A questo espediente che il CROME, op. e l. cit., nota 62 i. f., giustamente gli rimprovera, il LAURENT fu condotto dalla necessità di porre d'accordo la teoria della vendita coll'art. 1788 cod. Nap. Ma l'imbarazzo in cui il giureconsulto belga venne a trovarsi è evidente: rimane insoddisfatto il perchè di quella condizione sottintesa, dato che proprio si tratti di mera vendita.

Quella condizione infatti presuppone vi sia un elemento essenziale e caratteristico: l'attività personale del debitore, un elemento personale di carattere *nūciario* che è proprio del contratto di lavoro, ma ripugna alla vendita, che per sè si oggettiva in un fenomeno (tradizione) alla portata di chiunque, anche di un terzo (art. 1238). Ed infatti quella condizione non è inerente a ogni *emptio rei futurae*. Naturalmente quando alla produzione della cosa l'opera dell'uomo sia necessaria, ma solo subordinatamente, come fattore secondario, si ha nulla di ripugnante colla natura della vendita tipica: così è per l'opera dell'uomo necessaria a favorire la produzione dei frutti che sono produzione naturale del suolo ¹⁾. Se fosse invece fattore precipuo, noi dovremmo riconoscere una locazione d'opera ²⁾.

Anche la costruzione giuridica dei due rapporti è essenzialmente diversa. Il tratto di tempo che intercorre tra la conclusione della *locatio operis* e la consegna dell'*opus* ha portata giuridica ben diversa da quello che intercede tra la stipulazione della compra-vendita e la consegna della cosa sorta ad esistenza. La necessità di quella pausa, di quel periodo di tempo è essenziale alla natura della *locatio operis*: mentre non possiamo dire la stessa cosa per la vendita. La quale nella sua struttura tipica, originaria, nella sua forma più semplice dovrebbe presupporre l'esistenza della cosa nel momento della conclusione del contratto: ciò deriva dalla forma originaria di contratto reale, dalla necessità posteriore della *res certa*, ecc. E infatti la figura di vendita di cosa futura sorse relativamente tardi, e dapprima solo riguardo ai frutti ³⁾. Questa differenza non influisce sulla esistenza dei contratti, considerati come accordi tra le parti, chè il contratto di compra-vendita, sebbene di cosa futura, sorge subito ad esistenza, dando nascita

¹⁾ Il TARTUFI (op. cit., n. 54, p. 70) ammette che nella vendita di cosa sporata o futura manchi il rischio e la garanzia della qualità, nel silenzio delle parti. Se nulla fu detto, il compratore è dunque tenuto a ricevere quella qualunque cosa (si intende del genere determinato) che possa nascere. È come dire che nel dubbio si ritiene che le parti si siano rimesse all'opera della natura. Il contrario deve risultare da clausola espressa, e può talora, per le vendite commerciali, essere una regola, se lo esige l'uso locale (art. 1 cod. comm.). Così è per la vendita di bozzoli; nel contratto di acquisto per lo più si determinano le qualità e si accenna al diritto di verifica: che però sussisterebbe anche nel silenzio delle parti, data la commercialità del contratto.

²⁾ Questa teoria non è romanistica: che in diritto romano come vedemmo si è trascurata l'importanza dell'elemento lavoro, fino a negarlo come caratteristica distintiva tra due contratti apparentemente identici. E ne viene che, come nel caso della locazione d'opera in cui l'artefice presta il materiale proprio si vede semplicemente una vendita, così la *emptio rei operatae o futurae* si ritenne sussistere anche allorché la cosa futura dovesse prodursi solo mercè l'energia personale del debitore, come fattore prevalente o unico. Cfr. PRETSCHEART, op. cit., p. 321.

³⁾ Cfr. BECHMANN, I, p. 429.

non al diritto di credito della cosa, ma ad un rapporto obbligatorio mirante alla produzione di questo diritto ¹⁾. Tale differenza invece influisce sul diritto mirante ad ottenere la prestazione principale. La quale nella vendita non si concepisce come staccata dall'accordo contrattuale e quindi, trovandosi in istato di pendenza, perchè sotto condizione sospensiva, vien ricondotta mercè la retroattività al momento in cui il contratto fu stipulato. Invece nella *locatio operis* il diritto mirante ad attuare la consegna della cosa nasce solo quando l'opera sia terminata, senza retroattività, e ad esso corrisponde l'obbligo nell'artefice di consegnar la cosa per la verifica.

È vero che in un certo senso un'analogia vi è per ciò che concerne il rapporto tra le parti nel tempo intermedio. Infatti dalla conclusione della *locatio operis* scaturisce subito (salvo un eventuale *dies a quo*) la pretesa avente per oggetto non la consegna dell'opera, ma ad esempio che si ponga mano al lavoro, ecc. Il creditore di questa prestazione principale ha un interesse vivo, più o meno importante all'opera del debitore. Ora data la costruzione nostra della vendita di cosa futura — durante il tempo che precede il sorgere ad esistenza della cosa — non vi ha nel creditore della cosa che una semplice aspettativa; esso non ha ancora una *pretesa*, una ragione alla consegna della cosa, pretesa che, secondo i più, è sottoposta a condizione sospensiva; bisogna lasciare che l'opera della natura faccia il suo corso. Ma il vincolo contrattuale nato colla stipulazione dell'accordo dà al creditore il diritto di sorvegliare che il debitore non si opponga, non intralci l'opera della natura. Dunque un diritto di sorveglianza, di controllo in ambedue i casi, cui risponde un obbligo del debitore diverso solo nella natura positiva o negativa propria: nella *locatio operis* è eminentemente positivo (*faciendi necessitas*), nella vendita di cosa futura è prevalentemente negativo (astenersi dal turbare l'opera della natura). Ma qui si arresta l'analogia. La quale è assai pericoloso spingere alle ultime conseguenze quanto al rischio e pericolo, come vedemmo.

In conclusione tutta la battaglia sostenuta dal Bernhöft in favore della teoria romanistica non crediamo sia stata feconda di risultati. Ad ogni modo gli diamo ragione quando oppone al suo competitore — l'Ehrenberg ²⁾ — che alcuni svantaggi della teoria della compravendita in confronto all'altra non sono esistiti che nella fantasia dell'Ehrenberg, eccitata dalla vivacità della polemica. Però svantaggi esistono indubbiamente. Ad esempio s'è già visto che non in ambedue i casi se la macchina fornita ha difetti vi si deve por riparo; nella lo-

¹⁾ Il COVIELLO (op. cit., p. 242) esclude anzi vi sia una condizione.

²⁾ *Jahrbücher* di JHERING, XXVII, p. 280.

cazione d'opera ciò è ammesso, a differenza che per la compra-vendita; in ambedue sta la garanzia del debitore che l'oggetto dato sia tale da servire per la sua destinazione economica; ma non in tutti e due i casi il creditore può imporre un supplemento integratore di attività al debitore. E ciò è un danno per ambedue le parti ¹⁾.

185. Da quanto or ora abbiamo concluso si è delineata già la nostra teoria: che non è nessuna delle due assolute di cui parliamo fin qui, ma una teoria media. Notiamo subito che parecchie furono le opinioni medie poste innanzi, sembrando troppo rigide e mette ad applicazioni pratiche e soddisfacenti le altre opinioni assolute.

Una prima opinione media ritiene che vi sia contratto di lavoro e vendita. Essa si fonda sull'autorità di Cassio, § 4 Inst. h. t., III, 25. Cassio, a quanto ci riferisce Gaio (da cui come sappiamo quel paragrafo è stato riprodotto in sostanza), ammetteva esservi « *materiae emptionem venditionemque, operae autem locationem conductionem* ». Questa opinione era già assai criticata e disputata dai contemporanei di Cassio: e rimase, sempre a quanto Gaio ci riferisce, opinione isolata. Infatti da questa miscela così ibrida di istituti difformi ²⁾ non

¹⁾ Questo diritto a un'attività supplementare dell'artefice (che anche il REXLER, cit., p. 54, riconosce come caratteristica della locazione d'opera in confronto alla vendita) è sempre stato riconosciuto nella nostra giurisprudenza. Così la cit. Corte d'Appello di Torino, 31 maggio 1907, ritiene che se i difetti dell'opera sono sostanziali vi sia luogo a risoluzione del contratto: e se non lo sono, non diminuiscono i pregi dell'opera, alla risoluzione viene sostituita la semplice diminuzione del prezzo (una specie di *actio quanti minoris*). Ma in realtà questo limitatamente ai difetti irreparabili; per i riparabili la sentenza ammette la coazione a una attività di correzione, sotto sorveglianza di un esperto.

²⁾ In questo senso pure il BONFANTE, op. e l. cit. Invece l'ABELLO, che aderisce appunto a questa teoria media (in *Legge*, 1907, n. 23), non ammette che vi sia tra i due istituti molta differenza: ma anch'io riconosco più avanti la necessità di applicare al contratto di lavoro dell'artefice che dà proprio materiale alcune regole della vendita. Non è qui la ragione della mia avversione in genere a una pluralità di contratti laddove l'unicità della situazione economico-giuridica suggerisce anche unità costruttiva. In genere vi ha tra i vari elementi offerti da questa situazione uno che predomina: questo costituisce la base della ricostruzione: gli altri elementi contrattuali differenti si collocano attorno a quell'elemento base, che, predominando, tutti li pervade. Abbiamo così tipi di contratto misti; in cui cioè rientrano anche elementi di tipo diversi. Il contratto è unico: il rapporto è unico, ma costituito da veri elementi, conciliabili col tipo contrattuale fondamentale. Ciò non toglie che a quei vari elementi di tipo diverso si applicheranno finché è possibile, e se la disciplina dell'elemento principale non decida in proposito, le regole proprie del tipo cui appartengono, in quanto conciliabili col tipo fondamentale. Il risultato pratico è press'a poco identico a quello cui si perviene dalla teoria cui accede l'ABELLO: ciò che spiega come quest'ultima possa sorreggersi praticamente. Ma, ripeto, col criterio seguito da questa teoria bisognerebbe vedere ad es. nel contratto di trasporto ferroviario: a) un contratto di lavoro; b) un contratto di deposito; c) un contratto di locazione. Tutto ciò è ben lungi dalla realtà, benché

può venir un ausilio alla semplicità delle norme. È una costruzione soverchiamente artificiosa ¹⁾, e non rispondente alla realtà, informata in un caso simile a una unicità di rapporto, non alla pluralità di due rapporti diversi, uno riferentesi al lavoro, l'altro alla materia. Il lavoro e la materia non sono due cose distinte durante il processo di elaborazione, poichè l'una si incorpora coll'altro in modo da formare una cosa sola, un sol tutto; non si capisce quindi una duplicità di rapporti che potrebbe solo sussistere, come ha benissimo dimostrato il Lotmar, solo quando le due prestazioni, di dare e di fare, siano così autonome, indipendenti l'una dall'altra, che l'una non sia connessa, necessaria all'attuazione dell'altra ²⁾, che non si possa pensare all'esecuzione separata dell'una e poi dell'altra ³⁾. E questo non è certo il caso.

Questa teoria fu da alcuni moderni scrittori disseppepillata specie per la famosa questione del rischio e pericolo, parendo giusto accollare il rischio del materiale all'artefice solo fino all'individualizzazione del materiale, e il rischio del lavoro a lui sempre. Ma anche in riguardo a questa questione ragioni di opportunità si oppongono ad accogliere quella teoria media. L'Ehrenberg ⁴⁾ fa il caso che, commesso un ta-

SCIALOJA (A.) abbia ritenuto che l'unicità del rapporto complessivo possa essere attuata e garantita da una molteplicità di tipi contrattuali. È un'affermazione rimasta isolata: cfr. SCIALOJA, in *Annali dell'Università di Perugia*, 1907.

¹⁾ Cfr. BECHMANN, II, pag. 164 e TARTUFARI, *Vendita e trasporto* (1897), p. 23. Il § 4 cit. delle *Istituzioni*, III, 25, fu tolto dal 1.^o e 2.^o delle *res cottidianae* di GAIO che noi troviamo genuino nel fr. 2, § 1 h. t., 1.^o, 2. I compilatori delle Istituzioni non hanno alterato il testo, ma solo ampliato. Ad ogni modo GAIO batte su ciò che *placet unum esse negotium*. È la opinione più logica. Tra noi ha adottato l'opinione mista, oltre all'ABELLO, cit. il BOIAFFIO, *Nozioni Elem. di dir. civ. patrio*, 1882, p. 219. Contro questa teoria si è opposto egregiamente il GIORGI, *D. d. Pers. giur.*, II, p. 475.

²⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 191. Il LOTMAR veramente appoggia la tendenza all'assorbimento dell'elemento meno rilevante in quello tipico, fino a dar luogo alla unità di tipo contrattuale, in ispecie al Cod. tedesco: ma anche il nostro art. 1554 cap. è molto significante in questo senso. Certo il LOTMAR ha ragione di escludere, come criterio determinante l'assorbimento e non il cumulo delle due prestazioni. l'unità di tempo o la contemporaneità di esse: « possono essere benissimo due contratti contemporanei » (LOTMAR, cit., p. 190); e neppure l'unità di mercede: la quale può contenere in se due diverse parti, fuse nel risultato totale, per l'unità dello scopo a cui i due diversi tipi contrattuali mirano. Non vi è che nel criterio del rapporto intimo tra le due prestazioni. Se esse benchè pattuite contemporaneamente sono relativamente indipendenti l'una dall'altra, ognuna a oggetto di un contratto a se. Se no il tipo è unico (assorbimento). Nel primo caso l'una non è necessaria all'altra: specie (LOTMAR, p. 191) se le due prestazioni si susseguono in ordine di tempo. Così la vendita di un biglietto pel teatro e del libretto d'opera: il primo è contratto di lavoro, il secondo vendita; l'uno può stare senza l'altro; salvo il libretto sia indispensabile ad esempio per intendere una compagnia straniera. Tutta questa trattazione del LOTMAR è assolutamente decisiva.

³⁾ Op. cit., p. 366.

⁴⁾ *Jahrbücher* di JHERING, XXVII, 1. cit.

volo a un falegname e sceltosi il legno di un vecchio coro da chiesa, il giorno dopo questo legno perisca in un incendio. È giusto che il committente paghi il valore del legno? No certo: eppure queste sarebbero le assurde conseguenze di quella teoria. Con ciò non si può negare però che in questa locazione d'opera vi sia sempre la trasmissione di una cosa da un patrimonio nell'altro ¹⁾. Quindi alcuni principii della compra-vendita vanno applicati necessariamente. E questo accade solo quanto alla garanzia dovuta dall'imprenditore per l'evizione dei propri materiali. Ma praticamente ciò non ha importanza mai, neppure per il caso in cui un terzo durante il lavoro acquisti la proprietà dei materiali (cosa molto difficile), nè ancor meno per quello in cui l'imprenditore non ne fosse proprietario fin da principio: in questo ultimo caso per specificazione diventerebbe proprietario della materia; e nel primo il committente di buona fede non correrebbe alcun pericolo (i materiali sono cosa mobile, art. 707). Ma oltre a tutto ciò sta anche (ciò che l'Ehrenberg non ha avvertito) che non è punto vero — come più indietro dimostrammo — che colla separazione del *genus* per la elaborazione avvenga l'individualizzazione della materia. Il rischio deve quindi gravare sempre l'artefice fino a che colla consegna e verifica quella individualizzazione davvero si formi.

In conclusione: fusione di molteplici elementi in un rapporto unico; questo è sinteticamente contratto di lavoro se l'elemento « lavoro » predomina, vendita se predomina l'alienazione della proprietà di materiali. Questo è del resto il punto di vista del codice (art. 1554 capov.): se uno dei permutanti dà in parte del denaro tale contratto, misto, si considera come una vendita, se il denaro supera il valore della cosa. Nel caso nostro, poi, la somministrazione di materiali è affare proprio e interno dell'artefice; a cui è riservata la piena autonomia e padronanza dei mezzi di lavoro e in genere del modo per conseguire il risultato promesso: egli se li procura per se, così come si procura gli strumenti di lavoro: ciò che importa soprattutto è l'elaborazione del prodotto finale.

186. Secondo Aubry e Rau ²⁾ si avrebbe locazione d'opera durante il periodo di elaborazione; una volta finito l'*opus* e pronto per la con-

¹⁾ Quindi è irrilevante l'invocare, come fa l'ABRILLO, in favore della sua teoria, questo fenomeno di una alienazione, fenomeno generale, e non ristretto alla vendita.

²⁾ Op. cit., III, § 374. Veramente AUBRY e RAU si riferiscono anche al fatto che per l'odierna procedura, a differenza della romana, non occorre più designare il nome del contratto in base al quale l'azione è intentata, per concludere che dunque non è più necessario indagare se si tratta di vendita o di locazione. Non è difficile opporre che se oggi vi è l'azione in genere, e non un sistema di azioni, ciò ha nulla a che fare col fatto che i due tipi contrattuali sono retti da norme in parte differenti: tant'è che i tribunali si occupano anche di questo argomento.

segna comincierebbe la vendita. Anche questa sovrapposizione è così assurda e artificiosa (ancor più della precedente), e in così poca armonia coll'evidente unità del rapporto, che si vuole violentemente spezzare in due parti consecutive, che fa meraviglia come a questa teoria acceda tra noi il Pacifici-Mazzoni ¹⁾. Però le parole dei compilatori del codice Napoleone che il Mazzoni cita in proprio favore non formano un argomento decisivo: il Mouricault avrebbe infatti riferito che siffatta locazione non è vendita, ma si avvicina solo alla vendita; un'opinione personale non tradotta in legge. D'altronde questa opinione non rispecchia neppure quella di tutti i compilatori: sappiamo che nel primo progetto di codice Napoleone eravi un articolo, poi cancellato, in cui si affermava la teoria della vendita.

Finalmente dobbiamo citare il Kohler ²⁾. Questi in sostanza classifica la locazione d'opera in cui l'artefice fornisce la materia, come una vendita. Ma dissente da Troplong, che logicamente negava l'applicazione degli art. 1792, 1794 e 1795 ³⁾. Poichè si avrebbe — così ragiona il Kohler — effettivamente una compra-vendita, dal momento che le parti vogliono il trasferimento di proprietà di una cosa: ma per ciò occorre l'elaborazione della cosa. Ora il contratto (continua il Kohler) è obbligatorio da ambo le parti, anche per il venditore, in quanto questo si obbliga appunto a questa elaborazione. Con ciò il venditore si è assunto accessoriamente ciò che il *conductor operis* si assume *principaliter*. Epperò le regole saranno le medesime: e cioè quelle della locazione d'opera. Dopo ciò io domando che importanza avrà allora la figura della vendita! Il Kohler confessa che in tal modo il contratto — pur essendo vendita — viene di molto avvicinato alla locazione d'opera. Io direi addirittura che le due figure di contratti si fondono in una sola, che sarebbe appunto la locazione d'opera.

Però un insegnamento prezioso ricaviamo da queste teorie: ed è la necessità da alcuni partigiani della teoria della vendita confessata di applicare al caso in cui il lavoro abbia indiscutibile importanza le regole della locazione d'opera ⁴⁾. In verità costoro per conciliare questo colla teoria fondamentale ricorrono a un artificio che non è se non una pietosa finzione che riesce solo a salvaguardare le apparenze.

Il meglio è seguire la via maestra. E cioè ammettere che quando il lavoro sia più importante della materia anche che questa venga

¹⁾ Op. cit., n. 314.

²⁾ *Gesamm. Aufs.*, I, p. 31 e nota *.

³⁾ *Louage*, n. 962.

⁴⁾ Già il DERNBURG, sul terreno del diritto comune, notava l'inconveniente della teoria romanistica. *Paud.* II, § 113, p. 309, nota 7.

fornita dall'artefice, si abbia locazione d'opera ⁴⁾). Con ciò si ammette pure implicitamente che non solo gli art. 1635 e seg. saranno applicati, ma anche le altre norme proprie del contratto di lavoro. Lo Dniestrzanski ⁵⁾ per la necessità di fondere gli art. 1711 e 1787 del codice Nap., ha ammesso che gli art. 1787 e seg. si debbano tutti applicare, ma nel silenzio della legge si debbano poi applicare quelle norme della vendita come della locazione d'opera che sembrano più utili e adatte al caso. L'autore afferma che questa soluzione risponde meglio di ogni altra (pel cod. Nap.) a riguardi utilitari. E io credo che si possa anche convenire, fermo nel concetto per cui l'unicità del rapporto e del tipo contrattuale non esclude la fusione di elementi eterogenei sì, ma assimilati da quello fondamentale e compenetrati con esso: elementi eterogenei ai quali, se la disciplina legislativa del tipo di rapporto fondamentale tace in proposito, può e deve applicarsi quella che è propria di essi. Perciò, ad es., l'artefice sarà tenuto alla garanzia contro l'evizione: noto qui che questa garanzia veramente è propria dei contratti a titolo oneroso, presupponenti un equilibrio di posizioni, non è esclusiva della vendita; e lo stesso è a dire per la garanzia dei vizi redibitori. Come si vede qui non vi è tanto l'applicazione di norme proprie esclusivamente della vendita, quanto di norme che, imperniate sull'equilibrio tra le due posizioni contrapposte nei contratti a titolo oneroso, si possono ritenere norme anche della locazione d'opera con trasferimento di proprietà dei materiali ³⁾).

187. Vi è una terza teoria accolta da una corrente molto rispettabile di dottrina e giurisprudenza, e che ha avuto il suffragio dell'autorità del Bonfante ⁴⁾). La riferiamo come la esprime la Corte di Genova 12 aprile 1890 ⁵⁾): « Ognora quando l'artefice provvede anche i materiali, la natura del contratto non può altrimenti determinarsi che indagando l'intenzione dei contraenti: perchè se è la cosa per sè stessa

⁴⁾ Con ciò non alludiamo già alla distinzione secondo che scopo economico del contratto sia puramente la somministrazione del prodotto compiuto (vendita), o se ciò che importa sia soprattutto il lavoro per arrivarvi. Così il BAUM, *Der Arbeitsvertrag*, p. 5. Scopo è la consegna del prodotto anche quando il lavoro abbia una parte prevalente nel processo di produzione.

²⁾ Op. cit., p. 16-17.

³⁾ Il concetto difeso nel testo si trova pure nel codice spagnolo civ., art. 1588, e nel portoghese, art. 1396. Infine è stato propugnato nel progetto di legge sul contratto di lavoro elaborato dalla *Société des études législatives*: cfr. PERRÉAU, nel *Bulletin* di questa Società, 1906, p. 79. E lo stesso pure nel progetto governativo francese di contratto di lavoro ricalcato su quello della citata società, art. 2. Il PERRÉAU, *Contrat de travail*, p. 23, osserva che quando la materia è accessoria al lavoro, l'ipotesi quanto ai rischi è uguale a quella di prestazione di lavoro puro.

⁴⁾ Nel *Foro ital.*, I. cit.

⁵⁾ *Mon. Trib.*, 1890, 613 in nota. Cfr. pure Cass. Firenze, 22 novembre 1888, *Legge*, 1889, I, 222.

che il committente ebbe in animo di avere, il contratto evidentemente è di compra-vendita: se è la cosa invece in quanto sia eseguita da un artefice di talento, il contratto è di locazione d'opera». In queste parole troviamo due parti che il relatore della sentenza intese evidentemente fondere: ma che invece di primo acchito sembra possano stare a se benissimo. Vi si offrono due criteri, uno soggettivo (intenzione dei contraenti); l'altro oggettivo (prevalenza del lavoro sulla materia o viceversa), per risolvere la questione. Il meglio si è di adottare un criterio oggettivo, non in quanto se ne induca l'intenzione dei contraenti con grandissima probabilità di interpretare l'intenzione vera, ma in quanto occorrono criteri oggettivamente interpretati, all'infuori del volere delle parti, per fissare la struttura dei negozi giuridici¹⁾. Contro l'adozione di un criterio soggettivo qual'è l'intenzione (presunta o espressa) delle parti contraenti va osservato che se noi dobbiamo stare alle presunte intenzioni dei contraenti e specialmente del creditore, in quanto si debba indagare quale dei due elementi « lavoro » o « consegna di una cosa » ha avuto specialmente in mira, dovremo quasi sempre risalire all'indagine della obbiettiva prevalenza dell'uno piuttosto che dell'altro. In tal caso potremo indurre la presunta intenzione. Ma allora è evidente che quello che effettivamente importa è il criterio oggettivo; e il risalire alla presunta intenzione è uno sforzo, un artificio che dobbiamo lasciare alla vecchia dottrina e a coloro che credono tutto debba spiegarsi in materia contrattuale sul fondamento della volontà delle parti²⁾. In realtà: o questa intenzione³⁾,

¹⁾ Il BONFANTE cita degli esempi dai quali si induce che per esso vi ha contratto di lavoro se il committente sappia che una attività di lavoro sarà necessaria; vendita se questa sicurezza non vi è, e vi sia quindi la possibilità che il debitore adempia la prestazione consegnando una cosa già pronta. Pel risultato concordo pur io, come s'è visto.

²⁾ Cfr. contro questa tendenza esattamente il DNIESTRZANSKI, op. cit., p. 3 in nota. Ripeto, tuttavia, che il BONFANTE ha difeso la teoria intenzionale: è dalla volontà delle parti (scrive l'illustre collega) che si può desumere che cosa le parti hanno voluto; esse possono anche alterare (e di ciò va tenuto conto, su questo punto siamo perfettamente d'accordo) i requisiti naturali e normali di un oggetto, considerando inconsumabile ciò che è oggettivamente consumabile. Ma di ciò nessuno può dubitare! Il BONFANTE continua, altra è invece la questione « a quale tipo di negozio venga ad appartenere il contratto che impone quella prestazione o quelle reciproche prestazioni e controprestazioni ». Ma appunto è di questo che si tratta: posta una determinata prestazione in cui abbiamo i due elementi del fare e del dare, che contratto è questo? Ora qui non sono le parti, ma è la legge che determina il tipo contrattuale. In sostanza mi pare dunque che il chiarissimo collega mi dia ragione senza volerlo.

³⁾ Alla teoria della indagine intenzionale e della presunta volontà ricorre tra noi anche il VIRÁ-LEVI, op. cit., II, n.º 28. A questo criterio soggettivo aveva fatto ricorso il primo progetto del cod. civ. germanico, che finiva poi per presumere la vendita; il contrario è sancito nel testo definitivo. Tra noi vi è ancora il TARTU-

quale si può desumere dalle circostanze, coincide con il criterio oggettivo, e sarà perfettamente superflua; o non coincide e allora verrebbe meno un criterio sicuro e unico qual'è dato dal criterio oggettivo, per essere rilevante un elemento arbitrario e variabile qual'è l'elemento intenzionale: e ciò è un male evidentemente. È anche facile che il cosiddetto elemento intenzionale in alcuni casi non sia se non l'espressione dell'elemento oggettivo quale si proietta nell'animo del giudice. E allora è un'illusione! Rimane dunque il caso di una volontà espressa delle parti (ad es. del committente, che inviti l'artefice a « fargli... »). E a questo proposito dobbiamo soffermarci alquanto.

I negozi giuridici determinano la loro configurazione e struttura indipendentemente dall'intenzione di chi concorre a formarli, e cioè in modo oggettivo, con quegli elementi che *effettivamente* le parti raccolgono. Da questi elementi scaturisce *ipso iure*, magari in contraddizione colla volontà stessa delle parti che ponno essere ignare del diritto, la natura del negozio. L'ordine giuridico ha stabilito, deve stabilire necessariamente certe figure tipiche, obbiettivamente determinate, di negozi giuridici, che sono come tante formelle predeterminate, in cui può adattarsi il volere umano mirante alla soddisfazione di svariatissimi bisogni. Da certi elementi di fatto, data una certa volontà empirica (economica non solo, ma entro certi limiti anche etica, ecc.), volontà mirante a certi effetti, l'ordine giuridico determina quale è il mezzo legale più acconcio perchè quella volontà empirica possa produrre anche effetti giuridici. Fu detto — e in parte non senza ragione — che chi vuol erigere un negozio sta di fronte all'ordine giuridico come il figlio dinanzi al padre. I urti non sono che mezzi per raggiungere certi effetti economici, etici, ecc. voluti dall'intenzione empirica¹⁾. Ora chi a questi mira si rivolge all'ordine giuridico cui domanda il mezzo migliore per arrivare alla soddisfazione dei suoi desideri.

FARI (*Vendita*, p. 23, n. 11). Egli invoca l'intenzione dei contraenti, secondo che abbiano come oggetto principale il lavoro o la materia. Nessun principio generale dunque, ma una *quaestio facti* da risolversi caso per caso.

¹⁾ Con ciò non intendiamo affatto di dire che i contraenti mirino colla loro volontà esclusivamente al contenuto economico, etico, ecc. Questo non può mai darsi. Intanto per lo più non è disgiunta l'intenzione di ottenere degli effetti giuridici, solo non sarà sempre chiara la concezione del mezzo, della via giuridica per arrivarvi. Questo poi non esclude che sempre sia presente alle parti almeno l'intenzione che il contenuto economico empirico della loro volontà debba avere una soluzione giuridica, che quindi, occorrendo, possano ricorrere a sfruttare il lato dinamico del diritto coercitivo, possano adire l'autorità coercitiva del magistrato. Cfr. SIMONCELLI, *Negozi giuridici ed obbligazioni*, Litografie, 1894-1895, Pavia, p. 81; REGELSBERGER, *Pand.*, I, § 135.

L'Enneccerus¹⁾ però notava come questa concezione conduceva effettivamente a grossi inconvenienti. Io credo che in questa confutazione vi sia una parte di vero. È innegabile che in taluni casi l'ordine giuridico esige che la scelta dei mezzi giuridici per la soddisfazione della volontà empirica venga fatta dal subbietto stesso di codesta volontà: quando le conseguenze derivanti dall'adozione dell'uno piuttosto che dell'altro mezzo giuridico siano gravissime e quando gravi possano essere le conseguenze del raggiungimento della volontà empirica. E così che si spiegano oggi i negozi formali (storicamente la cosa è diversa). Oggi chi voglia obbligarsi cambiariamente deve esprimere nettamente questa intenzione colle parole « cambiale » o con altra equivalente. La determinazione chiara ed esauriente del mezzo giuridico per parte del subbietto di volontà empirica è necessaria solo eccezionalmente tutte le volte che sia opportuno assicurarla contro un risultato non desiderato e dipendente dalla portata diversa dei mezzi giuridici.

Ma è eccezione²⁾. Nella maggior parte dei casi le parti si limitano a concordare l'intenzione empirica per l'ignoranza del mezzo giuridico, e ciò non vuol dire che di un mezzo non siano forniti dalla legge, una volta provata l'intenzione loro di ottenere per vie giuridiche i loro desideri. Oppure determinarono un mezzo giuridico: ma se non è oggettivamente quello che risponde all'intenzione empirica, quella scelta è vana e l'ordine giuridico determinerà quello vero « nam plus est in opinione quam in veritate » (fr. 15 *de acq. vel am. her.*, 92, 2). Così io cedo a Tizio delle cose consumabili in locazione. È evidente che il mezzo giuridico è scelto male, chè nella preventiva determinazione oggettiva fatta e preparata dalla legge non si dà locazione di cose consumabili. E lo Scialoja molto sottilmente nota come l'effetto empirico stia, ma la veste giuridica sia diversa da quella che credono le parti. « Il giurista non può rafforzare la natura delle cose, ma deve cercare per mezzo di altri istituti di ottenere lo stesso effetto economico che le parti contraenti si erano proposte conchiudendo quel contratto che chiamarono locazione »³⁾. E che ciò sia necessario, è chiaro:

¹⁾ *Rechtsgeschäft*, ecc., p. 37.

²⁾ Ed eccezione per di più — questo è importantissimo a notarsi — che lascia salva la possibilità di una realizzazione della volontà empirica con altri mezzi, che la legge offre. Così se io mi voglio obbligare cambiariamente, devo indicarlo con chiarezza: ma se la cambiale manca di un requisito essenziale, può esservi l'obbligazione civile o commerciale da farsi valere col mezzo del diritto comune (art. 294). Questo è un vero caso di « conversione legale di negozio giuridico » che impropriamente si estende ad altri casi.

³⁾ *Foro it.*, 1883, pag. 707. Apparentemente in senso contrario, cfr. il SIMONCELLI nella sua bella nota inserita nel *Foro ital.*, XXI, fasc. VII. « Se la sostanza di una locazione di miniera è quella di una vendita, nulla impedisce alle parti di concepirla e regolarla finchè è possibile ed ammissibile, come una locazione..... In

la volontà dell'individuo non può essere onnipotente, ma si infrange contro certe norme di carattere costrittivo, suo malgrado. Già qui si vede una ragione giustificatrice di quanto abbiamo esposto.

In conclusione, quando si tratti di stabilire la configurazione di un negozio giuridico, è un circolo vizioso il ricorrere all'intenzione delle parti ¹⁾. Nella grandissima maggioranza dei casi, di sicuro e afferribile il giudice non potrà trovare se non la volontà empirica: e cioè l'intenzione di raggiungere un dato effetto economico. Qui non siamo in uno dei casi in cui per la gravità delle conseguenze economiche e giuridiche le parti sono costrette a porre la loro attenzione sul mezzo giuridico da scegliere. Io commetto a un fabbro una chiave: ecco quanto risulta in fatto; nulla più dell'intenzione empirica. Bisogna dunque forzatamente che la legge scelga essa stessa direttamente la via giuridica per arrivare alla soddisfazione di quel desiderio, la veste giuridica di cui circondare quella volontà contrattualmente determinata ²⁾. Dunque bando ai criteri soggettivi: diversamente si può correre il rischio di considerare la medesima fattispecie ora come vendita, ora come locazione d'opera.

generale nel diritto contrattuale domina la volontà delle parti, ed il magistrato nell'interpretare un contratto deve indicare qual sia stata la comune intenzione delle parti contraenti ». In realtà il SIMONCELLI non disconosce che si ha un diritto oggettivo cogente, per cui in questo caso una vera e propria locazione di cose consumabili non è possibile (cfr. *Locaz.*, n. 11, p. 80 e seg.). Ma ritiene pure, ed esattamente, che della volontà delle parti va salvata quella parte maggiore che è possibile. Così è che le parti potranno cercare di avvicinare il più possibile il contratto di vendita dei prodotti della miniera a quella di locazione e della miniera stessa. Con ciò il contratto non cessa dall'essere effettivamente una compra-vendita. Ciò è importantissimo per il nostro argomento. Le parti non potranno fare di una locazione d'opera una semplice vendita. Ma potranno avvicinarla il più possibile a una vendita, applicando alla locazione d'opera norme proprie della vendita, si intende in quanto siano applicabili e compatibili col tipo di locazione di opera, che effettivamente rimane. In questo senso il temperamento arrecato dal SIMONCELLI è accettabilissimo, purchè non si esageri come ha fatto il KOHLER, che ha soverchiamente generalizzato.

¹⁾ Questo che noi asseriamo vale per i negozi giuridici in genere. Quindi anche pel testamento. A ragione disse la Corte d'App. di Venezia, 19 giugno 1896, *Foro ital.*, XXII, fasc. IX, che « la sola volontà del testatore, comunque espressa in termini precisi e incontestati, non opera per sè sola l'attribuzione dei diritti ed obblighi di erede, se non in quanto la disposizione contenga quanto la legge esige per attribuire al chiamato la qualità di erede ». Cfr. in argomento, op. e l. cit., la detta nota del BONFANTE.

²⁾ E ciò anche contro la volontà delle parti che abbiano fatto cenno di una data figura giuridica. Quello che impera è la realizzazione della volontà empirica: ora le parti non possono vincolare l'ordine giuridico a attuare la volontà loro empirica con quei mezzi che esse pretendono, quando con essi quell'attuazione non possa aver luogo. Notiamo che se l'ordine giuridico, sovrapponendosi all'accenno fatto dalle parti, non fa che realizzare la volontà empirica delle parti, non possiamo più dire col REGELSBERGER (*Pand.*, I, § 135), che la legge applichi solo per

Una questione affine fu agitata a proposito del contratto di permuta di servizi col godimento di una cosa. E locazione di cose e di opere? Il Pacifici-Mazzoni ne fa una questione *intenzionale*. E il Simoncelli risponde benissimo che la volontà delle parti non toglie la difficoltà, « la quale sta nel guardare gli elementi oggettivi, nello esaminare se sono compatibili col tipo del diritto e della legge » ¹⁾.

Ma appunto nella questione sulla delimitazione tra compra-vendita e locazione d'opera, l'Ehrenberg ²⁾ ha negato che la teoria che poggia sull'intenzione delle parti — sappiamo che era adottata dal codice germanico nel primo progetto — sia logicamente errata. Infatti dice: due momenti oggettivi, esteriormente affatto identici, ponno avere effetti giuridici diversi, secondo l'intenzione con cui le parti vi hanno dato luogo. Supponiamo che si possano concepire dalle parti in due modi, con due diverse intenzioni. Vi può essere nessuna conseguenza giuridica comune, ed allora si tratta di due cose affatto diverse, anche oggettivamente. Che se qualche conseguenza è comune, dobbiamo prima aver di mira questa parte comune in una definizione che abbracci ambo i casi; e poi riferirci all'intenzione delle parti per ciò che concerne gli altri effetti giuridici divergenti. E così nella nostra questione: la compra-vendita si limita, con criterio oggettivo, alla vendita di cosa già fatta; e invece se le cose sono da farsi è possibile un criterio soggettivo e cioè l'intenzione delle parti, con cui distinguere se si tratti di vendita o di locazione d'opera. Se io ho ben afferrato il pensiero del giurista tedesco, che certo non pecca per eccessiva limpidezza, non posso ricorrere a un criterio oggettivo di distinzione indipendenti dalle parti perchè alcuni effetti caratteristici sono comuni in tutti i casi: trattandosi sempre dell'obbligo di consegnare una cosa da farsi, non ancor fatta, le divergenze sono solo parziali. Ma con ciò la questione non è stata risolta in modo esauriente. Chi ci può contestare, ad esempio, che laddove il legislatore ha fatto evidentemente ricorso a criteri oggettivi di distinzione, vi sia sempre una differenza essenziale di effetti giuridici caratteristici e non vi siano affatto norme comuni, come si dovrebbe dedurre dalla teoria dell'Ehrenberg? Ad esempio: vendita e permuta si distinguono indipendente dall'intenzione della parti e contro la loro volontà, a seconda che vi è una controprestazione in denaro (prezzo) o che questa manca, e vi sia lo scambio di due beni economici. Eppure

via di analogia la volontà delle parti, come sarebbe per l'applicazione di una norma *iuris*: cioè non in modo conforme alla volontà (delle parti — della legge), ma nel senso di cotesta volontà. Il DERNBURG (*Pand.* I. § 124, nota 5) obietta giustamente che se l'applicazione analogica di una norma di diritto è lecita, non lo è però di una dichiarazione di volontà.

¹⁾ *Loc.*, pag. 128.

²⁾ *Op. cit.*, p. 289 e ss.

quante norme peculiari alla vendita sono comuni alla permuta! (cfr. art. 1550 e 1555).

Del resto l'Ehrenberg dà come dimostrato quello che appunto doveva dimostrare. Infatti dice: secondo l'intenzione delle parti, a due momenti oggettivamente identici può l'ordine giuridico annettere conseguenze giuridiche diverse. Ora ciò può esser verissimo. È un fatto innegabile che l'intenzione con cui le parti dettero luogo a quei momenti può influire sulla natura delle conseguenze giuridiche che ne ponno derivare. Così per l'art. 1802 la legge non accorda azione veruna pel debito di scommessa o di gioco; ma se la scommessa fu fatta coll'intento di promuovere giochi utili, la ripugnanza della legge a concedere l'azionabilità vien meno (art. 1803). I due casi sono intimamente diversi; ~~che~~ nel primo abbiamo solo una obbligazione naturale. Ma potremo noi parlare veramente di una intenzione delle parti nel senso con cui se ne deve parlare in questa questione e che noi abbiamo ammessa fin da principio? No certo, l'intenzione delle parti non è qui qualcosa d' meramente soggettivo, ma si estrinseca in circostanze oggettive esteriori. Il giudice può toccar con mano se vi siano giochi utili o iutili, secondo la classificazione della legge. E quando le parti intendano garantirsi reciprocamente l'azionabilità, ciò sarà valido solo quando questa intenzione corrisponda alle circostanze esteriori da cui la legge fa dipendere la diversità di conseguenze giuridiche.

E così è del caso che l'Ehrenberg propone; la scommessa per motivi futili, di puro divertimento, e quella per appoggiare la decisione di una discrepanza di opinioni (differenza non ammessa dal nostro codice). L'Ehrenberg non ha dunque dimostrato quello che voleva. In altre parole, bisogna distinguere intenzione e intenzione ⁴⁾. Vi è

⁴⁾ È bene notare che la questione che noi stiamo trattando non è una mera dissertazione accademica, una sottigliezza, ma è una questione di cui la portata pratica è grandissima. Si è tanto avvezzi a riconoscere l'onnipotenza della volontà delle parti contraenti, che non si sa neppur più discernere quello che è mera opinio di uomo ignaro di cose legali dalla volontà quale inconsciamente trapela dalla volontà empirica; cfr. le belle pagine del VENEZIAN su questo punto. *Uafr.*, I, pag. 127. Il VIDARI, *Corso di dir. comm.*, II, n. 2120, ad esempio, nella distinzione tra compra-vendita e locazione d'opera, rifiuta il criterio basato sulla prevalenza oggettiva della materia sul lavoro, o viceversa, per ricorrere a un criterio soggettivo: qual'è l'elemento su cui le parti appoggiano l'idea principale. La prestazione, pensa l'illustre giurista, sono le parti che la determinano: è ad essa quindi che dobbiamo stare. Vero è che bene spesso le parti intuiranno dove sta l'elemento oggettivamente prevalente. Ma ciò non si avvera sempre. Fallace è quindi il criterio desunto dalla loro opinione personale. Nel senso da noi propugnato si è espresso molto bene il GIORGI, precisamente a proposito della distinzione tra locazione di opera e vendita. Anch'egli si oppone al VITA-LEVI (*D. d. pers. giur.*, II, n. 237).

anche quella che concorre a formare un elemento costitutivo del negozio giuridico, che si obbiettiva, opera a sè, ha una importanza per sè stante. La legge può farvi assegnamento per variare alcuni effetti giuridici.

Un esempio è la compra vendita di merci o derrate fatta coll'intenzione di rivenderle. È un atto di commercio oggettivo, appunto perchè il carattere commerciale si deduce da esso stesso: qui l'intenzione assume l'importanza di un elemento oggettivo che posta a fianco agli altri concorre a formare la compra-vendita commerciale. — Ma vi è anche l'intenzione che si limita ad operare su altri elementi, i quali soli si oggettivano, mentre la prima rimane allo stato soggettivo, e non è se non un modo con cui le parti considerano il complesso dei veri elementi oggettivi da cui è costituito il negozio. Ora è evidente che questa intenzione non ha nessuna importanza; poichè le parti non ponno col loro pensiero, colla loro visione affatto soggettiva mutare la natura di codesti elementi oggettivi, questi sono quello che sono realmente, indipendentemente dall'intenzione delle parti.

E questo è appunto il caso nostro. Il modo con cui il committente ha considerato il lavoro o la consegna del materiale non influisce sull'effettiva quantità dell'uno o dell'altro; è un'opinione affatto personale che può urtare colla realtà delle cose e in tal caso essere affatto irrilevante.

Dopo ciò possiamo davvero concludere che la teoria che poggia sull'intenzione è errata anche dal punto di vista della logica giuridica, al contrario di quanto afferma l'Ehrenberg. Il curioso è che laddove questi dimostra come solo da un punto di vista pratico quella teoria sia errata¹⁾ viene appunto a ribadire il concetto nostro: le parti per lo più sono ignare delle finenze giuridiche, quindi non risulterà con chiarezza quale sia l'intenzione loro. Questo è un inconveniente pratico. Ma viene in appoggio dell'errore teorico, di massima. Nella determinazione della struttura nel negozio giuridico la legge opera su elementi oggettivi (tra cui vedemmo può essere compresa l'intenzione delle parti, o di una di esse), prescindendo da quello che ne pensano le parti, appunto perchè la rappresentazione che queste se ne ponno fare può non corrispondere al vero²⁾. E badiamo bene che ciò fa-

L'intenzione della parte, dice il Groppa, « se è disgiunta dal concorso degli elementi obbiettivi essenziali a costituire una data specie di contratto, non basta a tramutare un contratto in un altro ».

¹⁾ Op. cit., p. 289 e sg.

²⁾ Coi principi da noi esposti si spiega, ad esempio la portata vera dell'art. 1719, princ.: « È nulla la convenzione che attribuisce a uno dei soci la totalità dei guadagni ». A tutta prima vien fatto di domandarci: sarà dunque impossibile che Tizio intenda donare a Caio l'impiego libero e illimitato de' propri capitali? Certo

cendo non è che l'ordine giuridico vada contro la volontà delle parti; un negozio giuridico non è che una dichiarazione di volontà. Tutto sta nel distinguere la volontà vera dall'*opinio* dalla volontà apparente.

188. Concludendo: è un criterio oggettivo a cui si deve ricorrere; occorre esaminare quale dei due elementi (lavoro materia) prevalga ¹⁾. Così locazione d'opera sarebbe il restauro di una macchina inservibile per cui l'artefice adopera materiale proprio ²⁾. Se invece domina l'elemento « somministrazione del materiale » vi sarà vendita; tale fu ritenuto il caso, ad esempio, di un costruttore che somministri armature in ferro ³⁾, e che si sia assunto l'incarico di metterle in opera. L'essenziale qui sta nella fornitura del materiale; non importa — si può dire — che tra le parti non si sia fatta parola di vendita, ma che il compratore si sia presentato all'industriale incaricandolo senz'altro di mettere in opera un certo numero di travi in ferro, ad esempio, che gli abbisognavano. In questo caso però io credo che non vi sia nè esclusivamente vendita, nè esclusivamente locazione d'opera, ma l'uno e l'altro contratto assai ben distinti. Infatti la elaborazione non ha che una parte secondaria nella formazione della cosa; invece quella avente per scopo di collocare la cosa dove per natura sua deve essere posta, è qualcosa a sè, distinto dalla somministrazione del materiale.

Che del resto sia proprio del nostro sistema legislativo il riguardo al lavoro quando sia elemento prevalente, ce lo prova ad esempio

che ciò non è impossibile. Ma allora non si hanno le caratteristiche della società tra cui è essenziale quella della commutatività. E se le parti intesero erigere un rapporto di società a tale l'appellarono, la convenzione *come tale*, cioè come contratto di società, e nulla, e solo sarà possibile la donazione, quando di questa sussistano gli elementi e specialmente la forma. È una specie di « conversione legale di un negozio giuridico » come fu impropriamente chiamata (caso vero della conversione è quello della cambiale, come notammo). Impropriamente, perchè, come ben nota il DERNBURG (*Pand. I*, p. 293), in realtà si tratta di mantenimento o riconoscimento, non di alterazione di un negozio giuridico. Infatti fin da principio le parti avevano concluso effettivamente un prestito o una donazione, o qualunque altro contratto gratuito, tranne che la società. E se le parti intendono proprio che questo risultato finale si attui, è con questa limitazione che l'art. 1719, forse inesattamente formulato, va inteso. Cfr. GIORGI, *obit.* III, n. 328.

¹⁾ In questo senso cfr. GIORGI, *op. cit.*, p. 475. Il GIORGI, ritiene esservi vendita sempre quando la proprietà dell'*opus perfectum* passi all'appaltatore nel committente « per derivazione intrinseca e necessaria dell'appalto », semprechè la materia sovrappaccia il lavoro. Erra però il GIORGI, quando ritiene romanistica questa teoria.

²⁾ Cass. Firenze 22 novembre 1888, *Temi ven.*, 1889, 31.

³⁾ Fu giudicato essere locazione d'opera l'incarico di arredare la casa del committente con proprietà ed eleganza, sia pure con materiale proprio di chi si era assunto l'incarico. App. Trani, 22 maggio 1897, *R. giur. Trani*, 1897, 66. Su questa soluzione facciamo le nostre più ampie riserve.

l'art. 470, e in genere tutta la teorica della specificazione. Data la semplicità di concetti economici ispirati alla grande prevalenza del lavoro servile, in Roma il lavoro non ebbe mai quella considerazione che ha oggi. Come nella specificazione, così nel caso nostro i diritti del lavoro furono disconosciuti, decidendo che se l'artefice impiega materiale proprio si abbia sempre vendita. Oggi invece l'importanza sociale ed economica del lavoro è ben cambiata, e infatti il legislatore nostro adottò il temperamento importantissimo racchiuso nell'art. 470: quando prevale il lavoro (si richiede che prevalga *considerevolmente*) è il lavoro che decide circa la proprietà delle cose, anche riducibile in pristino ¹⁾. E perchè non adatteremo noi questa teorica anche per la locazione d'opera?

Il silenzio del legislatore ce lo permette: il buon senso e il sistema nostro legislativo ci suggeriscono questa, che è una modesta conquista moderna del lavoro, ma tanto feconda di risultati in pratica! ²⁾.

A favore di questa nostra tesi, sta anche il riflesso che nella maggior parte dei casi il criterio oggettivo di prevalenza della materia e del lavoro corrisponderà appunto a quello che le parti avranno pensato nell'atto della stipulazione del contratto. Infatti è evidente (e da questo risulta la verità della nostra teorica), che quando si commette ad un industriale una data opera, il committente non pensa alla materia (cui provvederà allora per conto suo l'industriale), tranne se il lavoro abbia una importanza assolutamente irrilevante cosicché non costituisca l'obbiettivo principale che induce le parti a stipulare un accordo; ma se non è così il committente ha di mira e pensa esclusivamente alla mano d'opera, di cui fisserà i dettagli e le linee generali per lo scopo cui deve servire il prodotto complessivo; in tal caso egli pensa soprattutto all'attività creatrice dell'artefice ³⁾.

¹⁾ L'opinione moderna non si può ritenere vera anche romanisticamente: ciò è assolutamente errato — cfr. SULZER, *Spezifikation*, 1884, p. 140.

²⁾ Il TARTUFARI (op. cit., pag. 22) nega che si possano invocare i criteri che la legge stabilisce in fatto di specificazione: poichè questi son dati pel caso che manchi accordo tra il proprietario della materia e l'artefice. Questo è vero, ed è stato anzi per noi argomento capitale contro lo CHATELAIN; qui si fa la questione della proprietà, e nel caso nostro quella della natura del contratto. È naturale che la prima questione si possa fare solo se un accordo manchi. Aggiungiamo anche che in ambo i casi vi è qualche differenza che noteremo appresso: ma è vero anche, dopo quanto dicemmo, che quello è l'unico criterio oggettivo e certo che ci offre il nostro sistema legislativo.

³⁾ Cfr. EHRENBERG, op. cit., pag. 257. L'EHRENBERG non ha avvertito che se la materia prevale, per lo più il committente penserà principalmente a questa. L'EHRENBERG perciò ha dato esclusiva importanza al lavoro, e la sua teoria è quindi troppo unilaterale; benchè d'altro canto ciò si concepisca come reazione contro l'opinione comune. All'EHRENBERG infatti spetta indubbiamente il merito di essersi da solo opposto alla strapotente autorità della dottrina romanistica, per modo da influire anche sulla legislazione germanica.

Rammenterò inoltre come per l'art. 1554, cap. in un contratto misto di permuta e di vendita è decisivo l'elemento che prevale obbiettivamente; se il denaro supera il valore dell'immobile è vendita, se no è permuta. Questo articolo non ci dice se deve essere una notevole preponderanza; basta la preponderanza; e anche qui noi possiamo rimetterci a questo modello.

189. Ma a questo criterio da noi accolto ci è stata opposta la difficoltà di determinare esattamente quando prevale la materia e quando il lavoro: talora neppure il più accorto industriale saprebbe dire con sicurezza se prevalga il lavoro o la materia. Inoltre si tratta di termini eterogenei tra cui un confronto è logicamente impossibile ¹⁾.

Comincio dall'eliminare quest'ultima obiezione, rispondendo che 10 chili di ferro o due giornate di lavoro possono, caso mai, essere ridotte al comune denominatore « valore ». Quanto alla difficoltà di determinare la prevalenza dell'uno o dell'altro elemento io ricorderò che questo criterio fu già accolto dalla legge per la specificazione; quella difficoltà dunque, se anche sussiste, non può essere una ragione per escludere quel criterio distintivo. Ma a me non pare che questo criterio debba tanto imbarazzare l'interprete ²⁾. In genere non occorre procedere proprio a una misurazione meticolosa col milligrammo. A tal proposito il codice offre un criterio da cui a tutta prima parrebbe potersi dedurre quando, secondo il nostro sistema legislativo, esiste questa prevalenza; dall'art. 470 si può infatti dedurre che l'un elemento deve sorpassare di molto il valore dell'altro, ed è allora soltanto che si può avere il concetto di prevalenza adeguato a determinare la natura del rapporto. Si può dunque dire: nell'art. 470 è questione di proprietà; nel caso nostro invece si tratta di configurazione del rapporto giuridico. In ambo i casi ciò che è principale attira ciò che è accessorio semplicemente; ma occorre che l'accessorietà sia assai spiccata, sensibile.

Io credo tuttavia che non si debba estendere analogicamente il rigore usato dalla legge per la questione della proprietà. Questa è infatti assai più grave; si tratta di espropriare il proprietario della materia. E il fatto è tanto grave che giustamente si richiede (anche per non tutelare e prestar manforte alla mala fede) un criterio rigoroso: la prevalenza del lavoro deve dunque essere notevolissima. Nel caso nostro invece la questione è assai più semplice; le parti sono d'accordo e solo si tratta di usare al lavoro tutto il riguardo

¹⁾ BELLINI, in *Filangieri*, 1905, p. 485.

²⁾ Vedi in LORIA, *Analisi capitalistica*, p. 110 sg., un accenno alle principali industrie in cui predomina il lavoro e a quelle in cui predomina la materia prima: che ad es. l'industria della ceramica sia a prevalenza di lavoro è stato ammesso nella nostra giurisprudenza.

possibile. Un primo risultato è dunque che non occorrerà preoccuparsi gran che di una matematica e notevole superiorità del lavoro sulla materia, basterà rilevare se al lavoro sia affidata una funzione di prim'ordine, e perciò dominante, nel processo della produzione. E inoltre una seconda conseguenza sta in ciò: che quando sia difficile il discernere dove stia la prevalenza, si avrà riguardo maggiore all'elemento « lavoro » e si adotterà quel tipo di contratto che meglio lo salvaguarda, cioè il « contratto di lavoro » ¹⁾).

Quanto ai criteri pratici per determinare quando è l'elemento lavoro che prevale, quando quello del « dare », è chiaro che in pratica qui ha largo campo l'apprezzamento del giudice. Teoricamente, quanto alla produzione industriale, un criterio proposto per determinare la prevalenza del lavoro ²⁾ è se il prodotto sia, mercè l'elaborazione dell'artefice, una *species nova*, come nella specificazione. Così sarà infatti sempre: se il lavoro non ha che importanza accessoria ³⁾ vuol dire che la materia resta in sostanza quello che era; se ha importanza primaria, vuol dire che fa subire alla materia una radicale trasformazione ⁴⁾: dove vi è contratto di lavoro vi sarà di regola specificazione, benché non sempre quando vi è questo vi è quella ⁵⁾.

Talora può portare qualche lume anche il criterio matematico offerto dallo Chatelain ⁶⁾. Bisogna, secondo questo scrittore, vedere se

¹⁾ Il TARTUFARI pensa che anche quando vi sia prevalenza del « lavoro » più che il lavoro sia importante il prodotto, la consegna di cose (op. cit. n. 22). Il TARTUFARI ammette ciò in base alla presunta intenzione delle parti. Ma, ripeto, è evidente quanto pericoloso sia questo criterio oggettivo: o è inutile o fallace.

²⁾ Sarebbe ad ogni modo criterio erroneo ritenere accessoria la materia solo quando si tratti di materiale secondario, necessario solo per l'finimento del risultato. Così, ad es., il GROUSSIER, in PERREAU et GROUSSIER, *Contrat de travail*, p. 86. In base a questo criterio, e alla nota figura francese del « contratto di impresa » (sul quale cfr. appresso) il GROUSSIER (p. 133) proponeva che si ritenga contratto di lavoro il contratto pel quale il lavoratore oltre al proprio lavoro dà materia accessoria (es. il sarto che riceve la stoffa dal committente, e aggiunge di suo i bottoni, la fodera, ecc.); contratto di impresa se somministra anche la materia principale. È certo, però, che col criterio della specificazione si deve ammettere il contratto di lavoro in moltissimi casi in cui il lavoratore dà quella che per GROUSSIER è materia principale: es., il sarto che dà anche la stoffa stipula un contratto di lavoro. La questione della materia accessoria rispetto alla materia principale va distinta da quella accessoria rispetto al lavoro; l'opinione qui criticata gioca un po' sull'equivoco tra questi due modi di intendere l'accessorietà della materia. Tuttavia questa opinione ha avuto il suffragio del codice civ. tedesco, che nel § 651, 2.º comma applica esclusivamente le regole della locazione d'opera al caso in cui l'imprenditore fornisca gli accessori.

³⁾ Anche in tal caso l'elemento « lavoro » non è un elemento trascurabile; non fosse altro il suo costo influisce sul complessivo costo del prodotto, quindi anche sul prezzo. ANTOINE, *Cours d'Econ. Sociale*, p. 351.

⁴⁾ Così il BONFANTE, *Riv. dir. comm.*, cit.; CARNELUTTI, op. cit., p. 366.

⁵⁾ Come ha ritenuto il BONFANTE. Cfr. CARNELUTTI, op. e l. cit.

⁶⁾ *Nature juridique du contrat de travail*, p. 19.

il prezzo di vendita del prodotto finale sorpassa o è minore del doppio del prezzo della materia prima più le spese fatte dall'imprenditore, e che si possono considerare come complemento delle spese fatte per l'acquisto della materia prima. Se sorpassa, vuol dire che il valore del lavoro (le mercedi più il profitto dall'imprenditore) è superiore. Lo Chatelain veramente si riferiva ad un problema differente; ma accolto per l'uno, questo criterio dovrebbe servire anche per l'altro problema. Però nell'applicare questo criterio puramente matematico occorre molta cautela; la prevalenza dell'uno o dell'altro elemento non è tanto questione materiale di valore, quanto una questione che si riconnette alla complessa sintetica funzione del contratto in ordine allo scopo. Vi può essere uno dei due elementi inferiore per valore, ma che tuttavia costituisce l'elemento animatore, il centro, l'anima, direi, della situazione contrattuale. Si supponga che un ammalato sia ritirato in una casa di salute e gli si somministrino medicine molto costose, o che un gioielliere debba eseguire un fine lavoro su disegno. Qui il lavoro, di minor valore in sè, ha una funzione essenziale, e perciò vi è contratto di lavoro ¹⁾.

Da questo punto di vista un ottimo criterio differenziale, che però vien meno se materia e lavoro, come nel caso del gioielliere, siano egualmente principali, è quello proposto dal Lotmar, il quale ritiene vi sia vendita se il lavoro non è che un mezzo a fine; contratto di lavoro se invece è lo scopo. È dunque il criterio della subordinazione di mezzo a scopo, dal Lotmar applicato anche alla distinzione tra contratto di lavoro e locazione. Questo per certi casi è criterio chiarissimo ²⁾: es. il pesare, l'imballare, ecc. trattandosi di merci già pronte nel momento della vendita è indubbiamente mezzo a fine; viceversa l'elaborazione industriale di materia prima è sempre scopo ³⁾, la materia è solo mezzo a fine. Inoltre, a guardar bene, è questo un criterio che quasi sempre coincide con quello della specificazione: quando il lavoro non modifica la specie vuol dire che il lavoro non ha che un'importanza subordinata, e che esso non è che mezzo atto a rendere possibile la attuazione del trasferimento di proprietà della materia ⁴⁾. Quasi sempre, non sempre.

¹⁾ Cfr. LOTMAR, op. cit., I, p. 195 e appresso a proposito della locazione di cosa. Dell'ultimo caso la nostra giurisprudenza ha dovuto occuparsi.

²⁾ Il LOTMAR però riconosce che per certi casi l'applicazione del suo criterio non è facile: ma ciò sopra tutto di fronte al complicato sistema tedesco, che distingue il contratto di lavoro, la vendita, il contratto di somministrazione d'opera e la locazione d'opera. Op. cit., p. 210.

³⁾ *Arbeitsvertrag*, I, F. 207.

⁴⁾ Ad ogni modo occorre che questo nesso di mezzo a scopo sia rettificato

In conclusione, è argomento su cui la dottrina poco può dire: tutti questi criteri sono buoni. Il Perreau ¹⁾ cita, a ragione, il caso di lavoro artistico, come caso di lavoro tipicamente prevalente. Si può dare però incompatibilità tra questi criteri. Es. una mazza di legno naturale, finemente intagliata, resta sempre della specie « mazza di legno per passeggio ». Prevale il lavoro? Io credo di sì: da ciò si vede che il criterio della specificazione non è per sè solo esauriente.

190. Non ci possiamo però nascondere che in pratica e per taluni casi il rilevare il criterio differenziale da noi offerto tra vendita e locazione d'opera può sembrar difficile ²⁾. Vi sono dei casi di natura ambigua: segno questo che affinità vi è ad ogni modo tra i due tipi di negozio giuridico di cui si tratta. E infatti nel corso del nostro lavoro faremo, per la locazione di opera, largamente uso dell'analogia colla compra-vendita. Uso tuttavia prudente, perchè quando specialmente risalta la differenza tra il *tradere* puro e semplice e il *tradere* come conseguenza di una *faciendi necessitas* su cui cade l'importanza principale, allora il maneggio dell'analogia può essere pericoloso. C'è dunque qualche cosa di vero misto a molta esagerazione, in quanto ebbe a dire uno tra i compilatori del Cod. Nap.: il Mouricault, relatore della sezione legislativa: « La plus part des règles relatives au contrat de vente s'appliquent au contrat de louage: et cela devait être, puisque celui-ci ne diffère de celui-là qu'en ce qu'il ne transmet qu'une jouissance, ou un usage à temps, au lieu d'une propriété ou d'un usufruit. Les deux contrats se rassemblent en tout le reste ».

Dicemmo che vi ha qualche caso di cui riesce difficile a tutta prima il determinare a quale dei due tipi appartenga. Un caso di cui si è

applicato: ciò che non sempre, a mio avviso, fa il LOTMAR. Il lavoro culinario, per un ristorante, è mezzo o scopo? Dal punto di vista del trattore la risposta è molto imbarazzante. Per LOTMAR è mezzo; scopo è l'alienazione dei cibi (l. pag. 207). Io credo questo un caso in cui il criterio del LOTMAR non torna utile: ad ogni modo propendo a ritenere che l'elemento tipico sia la prestazione di lavoro, trasformatore bene spesso della materia prima, e non quest'ultima.

¹⁾ *Bulletin*, cit., 1906., p. 79.

²⁾ Ad ogni modo non do biamo dedurre da questo inconveniente della difficoltà un argomento contro il criterio da noi proposto. Ad esempio, talora sarà incerto da chi è fornito il materiale: è una difficoltà che induce l'ENDEMANN (*Jahrb.* cit., p. 701) a respingere tutti i criteri distintivi fin qui proposti tra i due contratti. Ma non ci sembra una difficoltà seria! A questo modo non potremo più sostenere nessuna teoria, perchè si troverà sempre la maniera di opporle una difficoltà di questo genere. Vera difficoltà può solo esservi circa la prevalenza del « lavoro » o della « materia prima ». In questo caso (ma in questo solamente), dacchè gli elementi oggettivi nulla ci dicono sulla natura del rapporto, potrà aver valore l'intenzione delle parti. Mancando anche questa, nel dubbio crediamo preferibile, perchè meglio tutelata, la locazione d'opera. Casi siffatti però saranno rari in pratica.

discusso è quello del contratto che (con termine giuridicamente improprio) ¹⁾ si suol chiamare associazione libraria. Fu reputato, in giurisprudenza, una locazione d'opera. Il Giannini ²⁾ sta per la vendita condizionale. Si potrebbe dire infatti che l'attività dell'editore può essere precedente al contratto di associazione, e allora manca il concetto d'*incarico*: questo caso non ci interessa. Se invece è posteriore ³⁾ ciò non toglie che si abbia un'attività iniziata e continuata dall'editore per conto proprio coll'intenzione di alienarne il risultato a terzi, man mano che questo risultato sotto forma di stampa di un manoscritto si va producendo. Malgrado tutto ciò io ritengo vi sia locazione di opera quando (come nel maggior numero dei casi avviene) il lavoro è molto notevole in confronto alla materia, e l'editore non abbia escluso, nella scheda-circolare di associazione, l'impegno di far l'edizione: nel dubbio dunque si intenderà che questo obbligo sussista in lui ri fronte ai sottoscrittori committenti. È un fatto che nell'attività dell'editore è impressa la destinazione a vantaggio di terzi, che colle loro adesioni assumono la veste di committenti. Che l'iniziativa sia del debitore, non importa. La stessa cosa avviene in altre locazioni d'opera, in cui il godimento della prestazione di lavoro per parte dei creditori di essa è contemporaneo alla sua elaborazione: trasporti, spettacoli teatrali, ecc. Eppure in questi casi vi è certo locazione d'opera ⁴⁾. Che poi il numero dei committenti sia incerto non importa; la stessa cosa avviene nei casi succitati.

Meno dubbio infatti è il caso in cui il committente di un edificio offra il fondo (di proprietà sua o di altri poco importa, purchè non ne sia proprietario il costruttore). In tal caso neppure i giureconsulti romani potevano vedere senz'altro una vendita: il fondo cui i materiali dell'artefice secondo il noto principio romanistico venivano ad accedere rappresentava tale un valore preponderante nell'opera da far trascurare affatto che i materiali erano forniti dal conduttore, e non

¹⁾ Improprio, perchè non vi è qui il più lontano barlume di un'associazione, nel senso tecnico della parola, ma indubbiamente uno scambio. Il dubbio è appunto se vi sia vendita o locazione.

²⁾ In *Il diritto commerc.*, 1892, p. 335 sg.

³⁾ In pratica ciò accade quando l'editore non si decida a stampare un libro se non dopo aver raccolto un certo numero di adesioni per parte di futuri acquirenti.

⁴⁾ È certo che la sottoscrizione del committente non integra una proposta di contratto fatta dall'editore. Io credo che l'editore si limiti a fare una *invitatio ad offerendum*, riserbandosi di accettare tutte le proposte contenute nella sottoscrizione preceduta dal testo per lo più predisposto a stampa, quando il numero di esse gli sembri sufficiente. Una volta che il contratto è nato l'editore ha assunto una *vera facienda necessitas* di fronte a ognuno dei committenti sottoscrittori, che può invigilare, perchè l'attività sia svolta nel modo contrattualmente pattuito. Ciò in teoria, perchè praticamente il sottoscrittore si limiterà a rifiutare eventualmente l'esemplare stampato che gli sarà rimesso.

dal locatore d'opera¹⁾: infatti in un certo senso l'elemento della tradizione di materia prima veniva meno, non sussistere più se non il lavoro del costruttore. Questo accetteremo ancor oggi, come criterio per distinguere i due contratti? Buona parte della giurisprudenza lo ha accettato. La Cassazione di Torino²⁾ ha giudicato che l'appalto di costruzione delle ferrovie con materiali forniti dall'appaltatore è una locazione d'opera, poiché il terreno espropriato per pubblica utilità è dello Stato: e quindi l'imprenditore incorpora il lavoro e i materiali suoi sulla cosa altrui³⁾.

Dobbiamo anzitutto notare che il nodo della questione non sta nella prevalenza o no dell'area in confronto alla costruzione, per modo che, ritenendosi prevalente sempre l'area, se questa è somministrata dal costruttore vi debba essere vendita. Ad ogni modo, anche così posta, la questione non va senz'altro risolta in senso favorevole alla vendita. In diritto romano ciò fu possibile; ma non si dimentichi la poca parte che in quel diritto fu fatta al lavoro. Importante è in proposito il fr. 20 *de contr. empt.* 18, 1, in cui Sabino distingue « corpus ipsum » e « substantia »: io ritengo pienamente attendibile l'opinione comune, che legge in « substantia » la cosa principale, che colla sua energia attrattiva assorbe le accessorie fornite dal costruttore⁴⁾. Oggi non si deve concludere a occhi chiusi, dal fatto che il conduttore fornisce l'area, che si tratti di vendita senz'altro. In tal caso si avrà prevalenza del materiale sul lavoro il più delle volte; ma non necessariamente⁵⁾. Ciò può esser vero per una ferrovia: ma se si trattasse di area fornita dal costruttore di un grandiosissimo e ricchissimo edificio, o di una piccola area fornita dall'autore di uno splendido monumento, ecco che la cosa muta d'aspetto. Insomma noi non dobbiamo, come fecero i giuristi romani, arrestarci alla letterale applicazione e assunzione del principio per cui le cose mobili *solo cedunt*, ma dobbiamo anche — seguendo un concetto affatto moderno — aver riguardo alla prevalenza dell'elemento lavoro⁶⁾.

¹⁾ DERNBURG, *Pand.*, § 113.

²⁾ 2 marzo 1883, *Circ. giur.* 1884, 120.

³⁾ Il TARTUFARI nota pure come in tal caso l'elemento *dare* venga meno col fatto dell'accessione; op. cit., p. 24. Del resto la giurisprudenza ritiene costantemente che il contratto di appalto per costruzione di una casa su area del committente costituisce una locazione di opera, App. Genova, 9 marzo 1894, *Legge*, 1894, II, 19.

⁴⁾ In senso contrario, ma senza buone ragioni, cfr. DNIESTRZANSKI, op. cit., p. 7.

⁵⁾ È illecita dunque la motivazione così ampia, che dà, ad esempio, la Cassazione francese 20 febbraio 1882, *D. P.*, 1882, I, 32, sulle orme del POTHIER, *Louage*, n. 394, che, cioè, in una costruzione o elevazione artificiale dal suolo la parte principale è appunto il suolo.

⁶⁾ Naturalmente qui facciamo solo il caso che l'artefice incorpori altri materiali

La questione è invece se proprio, nel caso in cui l'area è data, come è per lo più, dal committente, accessione dei materiali somministrati dall'imprenditore vi sia. Questa è infatti, abbiám visto, l'opinione più corrente ¹⁾: il materiale diventa di proprietà del committente grazie al fenomeno naturale dell'accessione, indipendentemente da una prestazione del costruttore diretta appunto a operare questo trasferimento. Dopo ciò si capisce che in tale ipotesi non si potrebbe mai fare la questione se vi sia vendita o contratto di lavoro, perchè la vendita sarebbe esclusa *a priori*.

Io dubito forte che le cose stiano per l'appunto così. Il fenomeno dell'accessione non è così invadente e assorbente, oggi, come era in diritto romano. Oggi si ammette la divisione orizzontale della proprietà fondiaria, quando vi sia un accordo contrattuale mirante a operare questa separazione. E per conto mio non so perchè un caso di questo accordo non sia il contratto di lavoro. Il quale dà al costruttore (locazione d'opera!) piena autonomia circa il modo di costruzione, sempre purchè il risultato sia quello pattuito; il materiale resta sostituibile finchè il risultato non sia ottenuto e proposto al committente pel collaudo e per l'accettazione: questo non sarebbe possibile se il materiale, passando in proprietà del committente, si determinasse nella specie.

Ad ogni modo, se l'area è fornita dal committente la costruzione implica, a mio avviso, una evidente superiorità in confronto alla materia: qui il criterio della specificazione concorre a favore del contratto di lavoro ²⁾. Del resto questo è probabilmente il punto di vista accettato dal Codice, dal momento che della responsabilità dell'architetto o del costruttore discorre, senza distinguere, a proposito della locazione d'opera.

191. Esaminati i caratteri differenziali della vendita e della locazione di opere o di opera, possiamo ora abbracciare con un rapido sguardo la natura propria del contratto di somministrazione (di cui all'art. 3 Cod. comm., n. 6). Questo è caratterizzato dalla continuità e periodicità delle prestazioni, che costituiscono il momento caratteristico, primario del contratto. Ma queste prestazioni possono a loro volta essere di varia natura; consistere in un semplice *tradere*, o in

sull'area: esorbiterebbe il caso diverso in cui il debitore dovesse solo togliere qualcosa (frutti, prodotti) dal suolo sia pure con proprio lavoro. Qui il momento essenziale è l'alienazione, non il lavoro; cfr. BECHMANN, op. cit., II, p. 162.

¹⁾ Cfr. pure COURCELLE, *Traité de législation ouvrière*, 1907, p. 6, nota 1.

²⁾ Di contrario avviso è il GROUSSIER in PERREAU et GROUSSIER, *Le contrat de travail*, p. 86, secondo i quali la materia accessoria è costituita, ad es., dai minuti oggetti di ornamentazione o di finimento che il lavoratore può somministrare.

un *facere*, o in un *facere e tradere*. Il Vivante così lo definisce: « L'imprenditore che esercita questo commercio assume generalmente l'obbligo di consegnare per un prezzo previamente convenuto ad epoche fisse e solitamente periodiche cose o servizi in proprietà o in solo godimento »¹). Il carattere continuativo, in un certo senso a tratto successivo della prestazione, fa sì che si parli di una « assunzione » o « impresa » di somministrazioni o anche « appalto » e così via. Ma con ciò non è detto si tratti di una forma di contratto di lavoro, sempre.

La questione è stata dibattuta anche sul terreno del diritto comune. Essa fu presentata variamente: a me pare che chi meglio di tutti l'ha impostata (s'intende sul terreno del diritto romano) sia stato il Bechmann. La questione si fa per la compra-vendita che ha per prestazione principale la futura consegna di determinate quantità di cose appartenenti a un dato genere, e cioè prese in considerazione per qualche caratteristica comune che rende ogni individuo del genere reciprocamente rappresentabile. Il Bechmann²) lo chiama invece contratto di somministrazione (« *Lieferungsgeschäft* »), designazione che troviamo del resto anche in Brinz³). Il Bechmann spiega questo contratto come quello che richiede una notevole attività preparatoria nel debitore della prestazione principale; attività che non ha il carattere di « separazione » o di « scelta » di determinati individui da un tutto, da una collettività determinata già esistente e in questo senso limitata, ma quello di « procurare », « fornire » le cose munite delle qualità del genere determinato nel contratto, e che può non essere esistente. Si tratta di un genere futuro; al venditore è (di regola) rilasciata la più ampia libertà di trattare, indagare, raccogliere insomma in qualunque modo, con qualunque mezzo e magari anche creare col lavoro, coll'elaborazione personale, le cose aventi le caratteristiche del genere determinato. Si tratta prevalentemente di un « procurare », « somministrare », non di un « vendere » vero e proprio, nel senso romanistico della parola; badiamo bene: vendere implica l'idea di cosa determinata o appartenente a una quantità o qualità determinata, esistente, per cui non rimanga altro che l'opera di separazione o scelta. In tal caso le cose sono veramente oggetto della prestazione della compra-vendita. Nell'altro caso sono piuttosto un mezzo per adempiere quella prestazione, un mezzo in quanto mercè esse si riesce allo scopo della somministrazione.

¹) *Trattato*, I, pag. 83, n. 41. Non si capisce perchè il BOLAFFIO abbia escluso i servizi (*Commento*, p. 72, n. 46). Egli si limita alla prestazione « di determinate cose in proprietà ed a semplice uso ». Cfr. spec. MONTESORI, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 586; 1913, I, 436.

²) Op. cit., I, pag. 331.

³) *Pand.*, II, § 242.

Tale distinzione, che da molti non fu fatta pel diritto romano, e di data abbastanza recente. Lo stesso Jhering ritiene applicabile il concetto di vendita di cose generiche (come vera vendita, quindi come caso riconosciuto dai Romani) anche alle cose generiche future (non ancora esistenti), da elaborarsi solo nel futuro, in quanto però la materia sia da fornirsi dallo stesso venditore; diversamente, scrive il Jhering, vi sarebbe contratto di locazione ¹⁾. E in questo senso il Bekker ²⁾ e il Wachter ³⁾.

Ma quella distinzione si impone ormai, e in questi ultimi tempi l'*opinio communis* si può dire cangiata. Ciò è tanto più vero, inquantochè oggi si concepisce benissimo una *locatio operis* in cui la materia è somministrata dall'imprenditore. Intanto primo frutto di questo rivolgimento ⁴⁾ è l'essersi posto in chiaro come il contratto di somministrazione non fu conosciuto, cioè regolato dai giuristi romani ⁵⁾. Mi rimetto per la dimostrazione di tutto ciò a quanto ne ha scritto il Bechmann. Il dissenso però rinasce quanto al diritto odierno. Il contratto di somministrazione dobbiamo oggi collocarlo nella rubrica della vendita (come ritiene il Dernburg), oppure sarà ancor oggi un contratto a sè? ⁶⁾. A questa seconda soluzione si associa il Bechmann. Il quale ammette bensì che oggi sia importantissimo il contratto con cui il debitore delle cose determinate nel genere non si impegna a

¹⁾ Ne' suoi *Jahrb.*, IV, pagine 405-414.

²⁾ *Jahrb.*, V, pag. 453.

³⁾ *Pand.*, I, pag. 285, ecc.

⁴⁾ Cui si associa il DERNBURG, *Pand.*, II, p. 250, n. 18.

⁵⁾ Come vendita. Il BECHMANN però va troppo in là quando afferma che neppure come contratto esso fu conosciuto dai Romani che non ne sentirono il bisogno. Se non erro si può citare in contrario l'autorità di Festo, laddove illustra la parola « *redemptores* ». « *Redemptores propria antiqua consuetudine dicebantur qui cum quid faciendum vel praebendum condixerant effecerantque, tum demum pecuniam accipiebant* » (v. *Redemptores*, pag. 270 M.). Il DEGENKOLB (op. cit., p. 142) arguisce che *redemptores* fossero un tempo gli assuntori di pubbliche somministrazioni. Avevano dunque carattere di diritto pubblico. In seguito la voce *redemptores* passò nel campo del diritto privato, ma in un senso più ristretto: per la sola *locatio operis*. Però da questo si ricava come ben prossima fosse l'affinità tra quel rapporto pubblicistico e la *locatio operis*, già in diritto romano, che pure non riconosceva quest'ultima se non quando la materia partisse dal locatore.

⁶⁾ L'unica legislazione che abbia regolato il contratto di somministrazione facendone quasi un contratto a sè è il *Landrecht* prussiano, I, 11 §§ 981-987. Caratteristica ne era il *procacciare* una cosa per un determinato prezzo. Una norma singolarissima era il diritto di recesso unilaterale concesso al creditore della cosa quando il contratto non rispondeva più allo scopo che aveva in mira, per alterate circostanze (§ 989). Questo ricorda il nostro art. 1641. il compratore però non ha diritto che al prezzo proporzionale alla prestazione effettivamente già adempita. Era una deroga gravissima e non giustificabile. I compilatori del cod. germ. (cfr. *Motive*, II, pag. 319) si rifiutarono di regolare separatamente questo contratto.

prestarle scegghendone da una provvista propria esistente¹⁾, ma a fornirle in avvenire da qualunque fonte, in qualunque modo. Ma ciò non sarebbe vendita, e quand'anche si estendesse questo nome a tale contratto, non ne risentirebbe la struttura del rapporto che rimarrebbe sempre qualcosa di indipendente, non adattabile nella formella della compra-vendita. Il Dernburg obiettò la pratica del diritto comune: pure tuttavia ammette la necessità di un regolamento in parte indipendente.

Per conto mio credo alla necessità di non unificare un tipo di « contratto di somministrazione » (mentre « l'impresa di somministrazioni » è una categoria a sè di atti di commercio)²⁾, nè facendone un tipo a sè autonomo di contratto, nè identificandolo con uno qualunque degli altri tipi conosciuti. Non un tipo autonomo: questa forma di contratto designa solo la periodica rinnovazione delle prestazioni, e nulla più. Rimane a determinare di che natura queste siano, e quindi di che tipo sia il contratto.

Non uno solo dei tipi contrattuali noti, inoltre. Infatti il fin qui detto dimostra che dove vi è organizzazione di lavoro e sussista davvero una obbligazione di fare non vi può essere vendita. Ora, la prestazione ripetentesi può essere di fare o di dare. Diremo attività di lavoro, certamente, quella necessaria all'appaltatore di fieno per l'esercito, per requisire il fieno: ma qui prevale l'elemento *consegna* di una data cosa. Invece quando si tratta di fornitura di abiti per l'esercito, domina l'idea di « lavoro per ottenere una data cosa da consegnarsi ». Ora: può l'imprenditore avere delle officine che egli stesso diriga, o può trar profitto da officine altrui che lavorino per conto suo, ciò poco importa; l'essenziale è che egli si dà attorno per commettere o eseguire questi abiti, che egli deve verificare il lavoro fatto; vi ha insomma una cerchia che può essere vastissima di attività per parte del debitore della cosa. Questo però non basta per chiarire la situazione: poichè questa attività si verifica anche quando si tratti di prestazione di cose in cui la trasformazione per opera del lavoro umano abbia una parte minima: ad esempio somministrazione di legnami, di fieno, ecc. L'essenziale, secondo noi, sta nell'attività di lavoro necessaria per produrre la cosa voluta. O si tratta di cose che si consegnano così come sono *in rerum natura*, o solo dopo una rilevante elaborazione e trasformazione per opera dell'uomo. Nel primo caso quell'attività ingente che noi notammo nell'imprenditore non è che l'attività che può essere enormemente moltiplicata in confronto a quella necessaria per la *nuda traditio* della cosa in una vendita di cosa futura (percezione, separazione, consegna, ecc.). Ma moltiplicata è anche l'importanza delle cose da consegnarsi considerate nella quan-

¹⁾ BECHMANN, op. cit., I, p. 331, nota 2.

²⁾ Cfr. MONTESSORI, cit., p. 439. Cfr. ancora appr.

tà loro. Abbiain sempre dunque costante la proporzione tra l'accessorietà dell'elemento « lavoro », e la principalità dell'elemento « consegna ». Nel secondo caso invece abbiamo la riproduzione in grande e soprattutto periodica di quello che accade quando io commetto ad altri l'elaborazione di una data opera da consegnarmi o un dato servizio di cui intendo godere il risultato utile (somministrazione di abiti, di luce elettrica alla città, di pompe funebri, di opere per manutenzione stradale). In taluni casi poi l'elemento lavoro è di una preponderanza assoluta, come è per le pompe funebri, fornitura di luce elettrica, manutenzione degli uffici comunali, sgombrò della neve, ecc.). Che io l'imprenditore produca personalmente il lavoro necessario all'elaborazione del risultato, o che dia opera perchè altri vi provveda (com'è se non ha che organizzare servizi per altri) ciò è poco influente. Non abbiamo, nell'ultimo caso, un contratto di speculazione, un contratto a sà che il Dankward chiamò « *Entreprise* », ma sempre un contratto di lavoro, e cioè una locazione d'opera che ha il carattere speciale della periodicità della prestazione del risultato di lavoro. Appunto questa periodicità non deve trarci in inganno.

La conclusione è dunque che non siamo qui in presenza di un contratto unico, a tipo determinato e per sè stante di « somministrazione » come per lo più si ritiene ¹⁾, e tanto meno di un puro contratto di vendita. Del resto il codice di commercio tiene distinta la vendita dall'impresa di somministrazione, nell'art. 3: e il Vivante su ciò si appoggia per fare una distinzione concettuale, sostanziale. Secondo noi da ciò possiamo solo indurre che dobbiamo studiare quel contratto con una certa indipendenza di giudizio, senza preconcetti di sorta, specialmente senza quello di voler costringere il contratto di somministrazione nel quadro della vendita, pur non escludendo in parte tale possibilità.

Adunque riassumendo: impresa di somministrazione non è una designazione giuridica, ma piuttosto economica (come vedremo meglio a suo luogo). In essa si ha la ripetizione di solito periodica di determinate prestazioni, da cui giuridicamente dobbiamo esaminare la natura per determinare la natura giuridica del contratto. Se prevale

¹⁾ Concorda lo ZINGARELLI, *Dig. it.*, v. *Contr. di somministrazione*, n. 1. Invece per il VIDARI, II, n. 2259, il contratto di somministrazione è sempre una vendita. Anzi il VIDARI esclude esplicitamente che possa essere una locazione d'opera anche quando si tratti di lavoro da eseguirsi dal debitore su materia propria. E le conseguenze di questa teoretica sono gravissime. Il VIDARI ritiene che il creditore non possa recedere mai dal contratto, come compratore (applicabile sarebbe solo l'art. 1165), mentre se fosse locatore di opera lo potrebbe fare per l'art. 1611 (VIDARI chiama « conduttore dell'opera » il « *locator operis* »). Il contrario è di regola sancito, come vedemmo, nel codice prussiano. Con noi MONTESSORI, cit.

l'elemento « consegna di una cosa » c'è vendita o locazione di cose secondo che è cessione definitiva della proprietà oppure del solo godimento delle cose per un tempo determinato. Se prevale l'elemento « organizzazione di lavoro », o « elaborazione di un dato risultato di lavoro da consegnarsi » si avrà una locazione d'opera a prestazioni periodiche. E si applicheranno le regole relative.

§ 3. — *Il contratto di lavoro e la locazione.*

SOMMARIO. — 192. Preliminari. Stato della dottrina circa i rapporti tra il contratto di lavoro e la locazione. — 193. Il concetto moderno della « locazione » e la sua ammissibilità nel sistema del diritto civile italiano. — 194. L'errore fondamentale della dottrina che sottrae il contratto di lavoro al campo della locazione. — 195. L'« uso della persona ». — 196. L'art. 1568 Cod. civ. — 197. Il tipo locativo in relazione alla locazione di opere e di opera. — 198. Se l'unicità strutturale conduca anche all'analogia. — 199. Casi dubbi. Il criterio generale risolutivo. — 200. Locazione e trasporto. — 201. La somministrazione degli strumenti di lavoro. — 202. Custodia e locazione. Il contratto di abbonamento alle cassette forti. — 203. Casi dubbi in cui vi è una prestazione di fare contro una concessione di godimento. — 204. Caso in cui chi concede il godimento allestisce prima col proprio lavoro la cosa. — 205. Prestazione di lavoro per parte dell'utente. In specie la concessione di esercizio e di godimento di una linea tramviaria. — 206. Allestimento della cosa e suo contemporaneo godimento. In specie la natura del contratto di somministrazione di una corrente elettrica.

192. Se noi interroghiamo la dottrina e la giurisprudenza circa i nessi tra il nostro contratto e il tipo contrattuale della « locazione » troveremo prevalente ormai la tendenza a differenziare l'uno dall'altra, a sottrarre il contratto di lavoro al campo della locazione¹⁾. Ragione fondamentale di questa avversione a vedere in quel contratto una « locazione di lavoro » è ritrovata nella affermazione sempre più energica dell'importanza e della dignità che deve riconoscersi al lavoro umano; nella impossibilità perciò di porre le forze dell'uomo accanto all'utilità e alle energie delle cose o degli animali. L'uomo non è una cosa bruta, quindi (si dice) il concetto di locazione non gli si addice; è questo un concetto residuale dei tempi in cui l'uomo poteva essere considerato come una cosa; allora sì che sussiste la possibilità di quella sintesi concettuale.

A rischio di passare per un conservatore ad oltranza nel mondo dei concetti giuridici mi affretto a dichiarare che, pur dopo un at-

¹⁾ Perciò si asserisce il contratto di lavoro essere un tipo autonomo di contratto, cioè (come per lo più si dice) un contratto *sui generis*. Così il IV Congresso giuridico a Napoli (MODICA, *Il contratto di lavoro*, p. 17); GENY, *Revue trimestr.*, 1902, pag. 331.

tento e meditato esame della questione e dei nuovi contributi che su essa si sono audati via via agglomerando, non mi sento ancora di abbandonare l'opinione già altra volta espressa; per cui in sostanza persisto a credere che il contratto di lavoro si potrebbe anche chiamare « locazione di lavoro », cioè appartiene alla categoria del « contratto di locazione » ¹⁾. In tutte queste discussioni, nelle polemiche contro questa povera « locazione », si è, secondo me, perso di vista un fatto vero e giuridicamente importante: l'evoluzione dei concetti sostanziali rappresentati da nomi, da parole che perdono perciò l'originario significato, per adattarsi così, per lo più con un ampliamento del contenuto, ai bisogni nuovi.

E infatti le critiche vivaci ²⁾ fatte al concetto di locazione sono il naturale e il logico effetto di questo incatenamento al concetto primitivo della locazione. Locazione si presuppone implichi necessariamente l'assoggettamento della fonte di utilità alla signoria dell'utente; quindi sarebbe la signoria sulla persona del lavoratore; locazione sarebbe dunque un concetto che, fiorito col regime della schiavitù, perpetuerebbe anche oggi la schiavitù del lavoratore. È questo il *leitmotiv* della più recente scuola di giuristi ed economisti, a cui par proprio che cancellando questa parola, eco di tempi morti per sempre, sia cancellata anche la subordinazione del lavoratore, sia affermata la sua dignità. La locazione, si dice conduce diritto diritto al regime di patronato, che oggi più non sussiste in realtà, essendogli sostituito lo stato di diritto fondato sull'eguaglianza giuridica (astratta) delle due parti nel contratto di lavoro ³⁾. Verissimo. Ma io mi domando se per affermare tutto ciò sia

¹⁾ Riconosco, ad ogni modo, che il problema è grave e degno di ogni attenzione. Certo non si può non stupire quando si legga tutto quello che BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL (*Del contratto di locazione*, Milano, II, p. 1) hanno scritto dei rapporti tra contratto di lavoro e locazione di cosa. « La locazione d'opera si distingue della locazione di cose per la natura della prestazione promessa ». E basta.

²⁾ Il progetto di legge francese, accettato dalla Commissione del lavoro della Camera dei deputati (ma non del Governo) sul contratto di lavoro generalizzava il termine *louage d'ouvrage*, che distingueva in *contrat de travail*, e in quella produzione tutta francese che è il *contrat d'industrie*. Questa collocazione sotto la locazione sollevò fiere critiche, in nome di un facile e cieco sentimentalismo. Molti propendevano per una collocazione del contratto di lavoro sotto una rubrica a parte (vedi in PERRAUD, op. cit., p. 105); altri annisero la collocazione sotto il titolo generale « Locazione » (di cose, di lavoro), purchè nel testo del contratto di lavoro fosse poi eliminata (!) la parola locazione. E anche l'Associazione nazionale francese per la protezione dei lavoratori emise il voto che il contratto di lavoro e di impresa sia collocato nel Cod. Nap. in titolo autonomo, non in quello della locazione.

³⁾ Persino l'ingegno acuto del SALEILLES (nel *Bulletin de la Société de législat.*, 1906, p. 210) ritenne di doversi sostituire « contratto di lavoro » a « locazione di opera » per affermarne la contrattualità e il fatto che l'operaio si vincola non già in forza di una legge iniziale che egli subisce, ma per un atto della sua volontà.

proprio indispensabile ¹⁾ buttare a mare la locazione nella sua concezione evoluta del diritto italiano, come ha ritenuto fosse necessario il relatore del progetto di legge belga sul contratto di lavoro, che concluse sostenendo essere il contratto di lavoro « un contratto sinallagmatico tra due parti poste sulla medesima base ed obbligate l'una all'altra in virtù del medesimo titolo » ²⁾. Vero anche questo, ma anche perfettamente conciliabile con la locazione che, riguardo al lavoro umano, non implica un assoggettamento del lavoratore alla signoria di chi ne ha bisogno se non in quel senso molto ampio in cui la scuola suole sostanziare la natura dell'obbligazione, che certo sussiste qui, che è anzi il mezzo con cui può essere attuata la utilizzazione del lavoro umano. Allo stato di passività della cosa bruta si sostituisce oggi il dovere giuridico, il vincolo alla parola data, il senso della propria responsabilità ³⁾. Non è, tutto ciò, compatibile col decoro del lavoratore d'oggi, con quella dignità spirituale del lavoro professionale che è certo una delle cose che stanno più a cuore al lavoratore d'oggi ⁴⁾. E possiamo proprio, collo Chatelain ⁵⁾, dire che il concetto di locazione del lavoro sia « manifestamente insufficiente, inadeguato alla realtà, sterile e decrepito »? ⁶⁾. Certo, se vorremo fare del sentimentalismo e della vana retorica si potrà anche convenire con lo Chatelain, e col Saleilles ritenere che il concetto di locazione « perpetua alquanto il ricordo di un'antica dipendenza » del lavoratore da chi ha bisogno di lui; ma da un punto di vista umano (e l'autorità di persona non sospettabile come è il Millerand mi sorregge) non so proprio che danno possa portare quel concetto al progresso della classe lavoratrice e alla sua dignità, e come questo termine tradizionale di locazione si

¹⁾ Il MILLERAND (in PERREAU, *Le contrat de travail et le Code civil*, 1908, p. 97), ingegno pratico, pur riconoscendo la nobiltà della teoria che per la dignità del lavoratore vorrebbe eliminare il concetto della locazione, riteneva assai più pratico legiferare su benefici più reali; che del resto la situazione dei lavoratori non è per nulla aggravata dal collocare il contratto di lavoro sotto la *location d'ouvrage*; lo scopo di migliorarne le condizioni si ottiene benissimo anche con ciò.

²⁾ *Conseil supérieur du travail*, 1895-1896, p. 38.

³⁾ Quando si dice, dunque, che il lavoratore si ingaggia, si loca, si allude solo all'assunzione di questa obbligazione di fare; il lavoratore dà in locazione il proprio lavoro, cioè dà ad altri il diritto di godere il frutto del proprio lavoro; naturalmente col concetto espresso nel testo si confuta l'obiezione del LANGLOIS (cit., 20), che oppone non esser compatibile colla locazione, la locazione delle energie di lavoro; infatti la locazione del cavallo (scrive quest'autore) è forse locazione della sua velocità o della sua forza di lavoro? No, del cavallo; così la locazione per l'operaio, non può non essere locazione della sua persona.

⁴⁾ LEYENSTEIN, *Die Arbeiterfrage*, 1912, p. 47.

⁵⁾ *De la nature du contrat entre ouvrier et patrons*, p. 11-13.

⁶⁾ Quando, come il PLANIOL, *Traité élém.*, II, n. 1880, si discorre di forza di lavoro messo in locazione, bisogna, a mio avviso, necessariamente accogliere questo lato concetto della locazione.

presti meglio (come riteneva appunto il compianto Saleilles) a certe diseguaglianze tradizionali.

Ma tutto ciò presuppone che io chiarisca meglio qual'è, a mio avviso, il vero concetto della « locazione » nel più evoluto sistema giuridico.

193. Il rapporto giuridico che assicura all'uomo il godimento delle utilità che possono prevenire da una fonte determinata può essere vario appunto secondo il grado di intensità della tutela accordata.

Anzitutto vi è la forma che presuppone il massimo di tutela: la collocazione di quella sorgente di utilità nel pieno dominio dell'uomo; è la forma più semplice, che qui non c'interessa. Essa non è però sempre possibile, non foss'altro perchè non sempre la sorgente delle utilità di cui l'uomo aspira è suscettibile di appropriazione, di assoggettamento alla sua signoria: questo è appunto il caso del lavoro, come energia prodotta dall'uomo.

Ora, vi è la possibilità di un rapporto giuridico, che, pur non collocando la sorgente delle energie nella signoria di chi intende utilizzarle, perviene però ad assicurarne a quest'ultimo ugualmente il godimento. Questa è l'idea fondamentale animatrice di questo rapporto; idea però di cui l'attuazione è subordinata alla natura della fonte da cui le energie provengono. In genere le cose materiali sono suscettibili di appropriazione; quando esse siano per sè passive, inerti, la produzione di queste energie, e la loro destinazione a un dato risultato presuppongono l'intervento attivo di una persona; ora, dato ciò, è naturale che per esse la persona più indicata, meglio designata a compiere questa funzione, appunto perchè la persona più interessata e consapevole dei propri bisogni, sia precisamente l'utente, chi cioè aspira a godere quelle energie, come atte a soddisfare questi bisogni.

Anche in questo caso il concetto è attuato con varia intensità rispetto all'energia della tutela. Infatti, esclusa quella forma di massimo assoggettamento che è data dalla proprietà, la pura facoltà di utilizzazione delle cose può essere attuata mediante la concessione di un potere autonomo di utilizzazione riconosciuto sulla cosa all'utente: e in tal caso l'assoggettamento diventa un elemento imprescindibile. Così il possesso della cosa è un elemento tipicamente essenziale alla fase funzionale dell'usufrutto e dell'enfiteusi (posto, come io ritengo, che l'enfiteuta non sia proprietario). Non si saprebbe, per vero, concepire l'esercizio di una potestà autonoma (di un diritto reale) su una cosa pel tramite del proprietario, il quale conservi della cosa la signoria di fatto in forma di possesso.

Quando invece questa potestà autonoma non sia concessa, entriamo in un gruppo affatto differente di rapporti. Qui l'assoggettamento è meno sicuro, nel senso che esso è possibile solo per tramite del concedente, che deve permetterlo, e astenersi da quanto possa nuocergli; vi ha dunque, in questo caso, il necessario intervento del concedente

(per lo più, ma non necessariamente, proprietario della cosa), nel processo di utilizzazione della cosa: intervento che era invece escluso affatto dall'autonomia dell'usufruttuario e dell'enfiteuta. Qui questo intervento ha una funzione limitata, ma pur sempre attiva (cfr. art. 1575, n. 2), funzione limitata perchè la produzione di energie e la loro utilizzazione è qui assistita direttamente dall'utente.

Qui dunque vien meno la ragione per cui il possesso per parte dell'utente della fonte d'energia era un elemento tipicamente essenziale all'attuazione dei rapporti di utilizzazione. E infatti è, in astratto, perfettamente concepibile in questo caso che la facoltà di utilizzazione sia attuata solo coll'intervento del concedente, che incanali le energie della cosa nella direzione voluta dall'utente. Si avrebbe così un rapporto di cui sarebbe elemento tipico quella facoltà di utilizzazione indipendentemente dal possesso della cosa: accompagnato o non dall'obbligo di pagare un compenso per quest'uso.

Ora, questo rapporto complesso, in quanto implichi i due elementi dell'utilizzazione delle energie provenienti da una data fonte (mediante o senza il possesso di questa fonte), e inoltre il compenso correlativo noi lo troviamo appunto in quello che scende dal contratto di « locazione ».

So bene che nella dottrina è di gran lunga più diffuso il concetto che non sa scompagnare la locazione di una cosa dal possesso (detenzione) che della cosa abbia l'utente ¹⁾. Ma appunto il fondamentale errore della dottrina, o almeno di questa dottrina è stato di aver rinchiuso il tipo locativo nelle anguste strettoie di quella che dovette essere storicamente la prima sua manifestazione: quella della locazione di cose, per la quale l'utilizzazione era attuata col possesso della cosa, e per conseguenza non si concepiva, come fu osservato, un godimento delle forze distinto dal possesso delle cose che le sviluppano ²⁾. Da ciò la solita definizione della locazione di cosa come di quel contratto con cui chi può disporre dell'utilità di una cosa dà quest'ultima in godimento, ecc.

Certo: nell'origine il contratto di locazione era reale; la consegna della cosa all'utente assorgeva addirittura alla dignità di elemento costitutivo per la produzione dell'effetto giuridico. Ma nella succes-

¹⁾ Questo è pure il pensiero prevalente nella dottrina tedesca (in cui però vi è chi ammette talora la analogia tra i due contratti, es., PLANCK *Kommentar*, II, p. 36 sg.), data la formulazione del § 535 Cod. civ. ted. Cfr. RIEZLER, *Werkvertrag*, ecc., cit., p. 48, che fa della consegna della cosa un elemento tipico della locazione. E a notare che il Cod. tedesco ha però nettamente staccato il « concetto di lavoro » dalla « locazione », almeno quanto alla collocazione. Tra l'uno e l'altro si disciplinano contratti differenti, come ad es. il mutuo.

²⁾ CARNELUTTI, in *Rivista di dir. comm.*, 1913, I, 383. Se però accetto questa osservazione, non ne ammetto la conclusione, favorevole alla vendita.

siva formazione del rapporto il contratto si emancipò dalla necessità della consegna. Inoltre l'ipotesi di sfruttamento diretto della cosa per parte dell'utente dovette certo essere, in Roma, l'ipotesi assolutamente dominante, quella intorno a cui si andarono polarizzando le decisioni e le massime dei giuristi. La *locatio rei* fu così plasmata, nelle fonti, con riguardo si può dire esclusivo a quest'ipotesi; e abbiamo le regole della custodia, della restituzione, ecc. Ma si noti bene: se ne discorre come di norme imprescindibili, dato che per la natura della cosa e del godimento la cosa doveva esser data all'utente. Invece nessun frammento del titolo del Digesto che è la *sedes materiae* allude a questa consegna della cosa come a elemento tipicamente indispensabile alla *locatio*.

L'art. 1569 cod. civ. definisce la locazione in modo da lasciar comprendere come l'essenza del contratto sia puramente la concessione dell'utilità di una cosa (« è un contratto col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa... »). Si avverta che il fulcro della definizione qui sta nell'intervento del concedente, che si obbliga a procurare il godimento di una cosa (si confronti invece l'art. 477 per l'usufrutto). Che l'art. 1569 alluda al « godimento della cosa » non implica per necessità che l'*uti frui* si attui merce il diretto contatto dell'utente colla cosa che dà le energie: godere una cosa è averne le utilità, utilizzarla. Non ci si opponga l'art. 1575, che annovera l'obbligo di consegnare la cosa locata al conduttore tra gli obblighi a cui « il locatore è tenuto per la natura del contratto... ». Con ciò non si allude già all'essenza del rapporto; si dice solo che è tra gli elementi naturali (*naturalia negotii*), tanto che aggiunge « ... e senza bisogno di speciale stipulazione ». Infatti non vi può essere dubbio che il locatore può nel contratto escludere l'obbligo di mantenere le cose in istato di servire all'uso per cui venne locata (e ciò si pratica in certe scritture d'affitto), e inoltre anche l'obbligo di garantire al conduttore il pacifico godimento: il locatore non può, al più, sfuggire alle conseguenze del fatto proprio (anal. dagli articoli 1483, 1484).

Con ciò non voglio dire che sia sempre possibile l'esclusione dell'obbligo di consegnare, prescindendo ora dal caso in cui il concedente abbia rimesso all'utente di appropriarsi per conto suo e a suo rischio della cosa, o che già il conduttore ne sia in possesso; sarebbe assurda tale esclusione quando per la natura stessa dell'utilizzazione questa non possa essere attuata senza il contatto dell'utente colla fonte delle energie. Dico solo che con ciò è aperta la via a ritenere che la locazione non presupponga imprescindibilmente il contatto dell'utente colla cosa come forma dell'utilizzazione di essa. Nè a ritenere ciò ci devono impedire considerazioni etimologiche, che di fronte a un sistema moderno hanno un ben scarso valore: bisogna assumere

il tipo « locazione » per quello che è oggi nel sistema del nostro diritto. Anzi io vado più in là: la consegna della cosa all'utente è un elemento naturale non della locazione in genere, ma solo di determinate forme di questo rapporto in cui normalmente l'utilizzazione presuppone l'impossessamento della fonte di energie. E in ciò concordo perfettamente col La Lumia, per il quale pure la consegna non è elemento nè essenziale nè naturale della locazione ¹⁾, e cioè è « l'elemento naturale del rapporto singolo concreto, non del rapporto come tipo astratto ».

Nè a ritenere ciò ci devono impedire considerazioni etimologiche, che di fronte a un sistema moderno hanno un ben scarso valore. Certo: « locazione », mi si può dire, etimologicamente designa troppo bene il collocare, il porre qualcosa, cioè la materialità della consegna della fonte di utilità all'utente. Verissimo: ma l'origine etimologica non ci costringe a deformare un concetto che l'evoluzione giuridica ha allargato allontanandolo da quella prima applicazione che, torno a dire, sì gran fascino doveva esercitare su tutto il regime della locazione in genere. Non è certo questo il primo caso di un istituto che ha abbandonato l'antico punto di partenza designato nella origine etimologica della parola, per allargarsi, e meglio adattarsi al crescere dei bisogni umani ²⁾: guai se dovessimo rinunciare all'evoluzione concettuale degli istituti per tener fermo a quel significato che ebbero inizialmente e che è designato dall'etimologia verbale!

Dunque nulla nel sistema del nostro Codice si oppone a che si consideri la locazione di una cosa come istituto che non presuppone, per la propria tipica fisionomia, la consegna della cosa stessa all'utente. Se vi è qualche caso (e non manca in pratica) in cui il concedente attua l'obbligo di procacciare all'altra parte il godimento di una cosa conservando egli stesso (il concedente) il contratto con essa, non vi ha dubbio che ci troveremo di fronte a una « locazione della cosa ». Tutto sta, naturalmente, che questo intervento attivo del locatore non sia la causa principale che determina la produzione di queste utilità della cosa, per modo che questa produzione non sia che il risultato dell'opera in prevalenza dell'uomo: questo sarebbe il caso del lavoratore che adopera i propri strumenti di lavoro nell'interesse di altri; occorre invece che l'intervento attivo del locatore miri solo a guidare e incanalare la spontanea formazione di energie della cosa. Nel primo caso sarebbe

¹⁾ *I depositi bancari* (1913), p. 276.

²⁾ Ciò posto, è inutile ricercare la ragione storica dell'identico riferimento della parola « locazione » alle cose o al lavoro. Può quindi essere benissimo, come asserisce il LOTMAR, cit., I, p. 52, che quell'identità si ricollegasse solo al fenomeno esteriore dell'incipiente esecuzione dei contratti di *locatio*; ciò non modifica in nulla il risultato nostro.

spostato l'asse del negozio, di cui l'elemento fisionomico non sarebbe più dato dal puro godimento delle energie della cosa, rispetto a cui l'intervento del locatore non sarebbe che laterale e accessorio, sebbene imprescindibile; ma dall'attività di lavoro del concludente. In questo caso non saremmo di fronte ad una locazione di cosa.

Un esempio della seconda ipotesi, in cui l'intervento del concedente è solo sussidiario, ci è dato da quel diffusissimo contratto che è il contratto di monta; invece il dubbio si affaccia per la produzione di energia elettrica somministrato a un utente. Nell'uno e nell'altro caso l'utente non ha il possesso della cosa (animale, corrente elettrica) fonte di energie; ma questa non sarebbe, caso mai, un ostacolo (come credo di avere dimostrato) ad ammettere qui una vera locazione di cosa. Ora, che sussista questo tipo contrattuale è indubbiamente vero per il contratto di monta; ma io non lo credo per la somministrazione di energia elettrica, in cui la *faciendi necessitas* (cioè tutta la organizzazione industriale, che è attività del produttore, e rispetto a cui la corrente elettrica non è che il risultato) acquista un'importanza di primo ordine.

Giunti a questo punto, possiamo senz'altro procedere innanzi sino a dare a questo concetto della locazione tutta la portata, tutta l'estensione di cui è capace. Se locazione di una cosa non è che la concessione della facoltà di utilizzare le energie della cosa, vi è qui il germe di un istituto più ampio (al quale abbiamo alluso fin da principio), cioè la locazione come concessione della facoltà di utilizzare le energie da qualunque fonte provengano: anche dall'uomo. Si avrebbero così energie della cosa, ed energie dell'uomo; l'operaio, il professionista, l'imprenditore che concedono ad altri la facoltà di trar profitto delle loro energie di lavoro non fanno che locare l'opera propria.

Questo concetto in realtà non sarebbe nuovo ¹⁾. Già il Simoncelli ²⁾ aveva insegnato che rispetto alla *locatio conductio* il diritto romano (perchè questa unità di tipo contrattuale risale proprio al diritto romano) « ha colpito come contenuto economico appunto l'*uti frui* di una cosa in senso larghissimo, che comprende così il godimento di un bene di consumo improduttivo, come quello di una forza sia naturale, sia animale, sia umana.

194. Ma nella dottrina ³⁾ è tuttora molto diffusa la corrente che tende a condannare aspramente l'unicità del tipo locativo codificata nel-

¹⁾ Gli economisti hanno, almeno in parte, già fatto buon viso a questa sintesi concettuale: sopra tutti il JANNACCONE, *appr. cit.* Il VALENTI distingue servizio personale (lavoro), e reale (uso di un bene): *Principi di scienza econom.* (1909), pag. 115.

²⁾ *Trattato delle locazioni de' predi urbani e rustici* (Lanciano, 1892), p. 4.

³⁾ La vecchia dottrina ammetteva senza difficoltà il concetto di locazione.

Part. 1568. La ragione di questa palese ostilità sta nella giustissima considerazione, che il lavoro umano non è da paragonare alle energie della cosa, cioè l'uomo che produce il lavoro, non si deve confondere colla cosa o coll'animale che produce quelle energie. Si aggiunge anche che le energie di lavoro, una volta prodotte, non si possono più restituire, perchè si consumano. Il che è verissimo. Ma è anche altrettanto vero, che coloro i quali da ciò concludono per una assoluta distinzione del tipo contrattuale ¹⁾ dimostrano di essere in realtà imbevuti di quella vecchia tradizionale dottrina, che fa della locazione un tipo di contratto che presuppone l'assoggettamento della fonte delle energie alla signoria di fatto dell'utente.

L'errore di questa dottrina sta nel non aver saputo elevarsi al di sopra di questa prima forma, la più semplice, di sfruttamento delle energie provenienti da una cosa. In fondo un riflesso di questa tendenza vi ha già in Roma dove i giuristi non seppero mai liberarsi completamente dalle strettoie della tradizione su questo punto: tan-

Cfr. ad es., PACIFICI-MAZZONI, *Locazioni*, p. 318. Un esempio dell'ostilità professata per la teoria della locazione è dato dal LESIGNE, *L'homme ne veut plus du salariat* (Paris, 1911), p. VII: « Sous le nom du salariat la barbarie du passé nous a légué un régime de location de l'homme par l'homme, qui déshonore notre civilisation ».

¹⁾ Ad es., FUBINI, *Il contratto di locazione di cose* (I), p. 4 sg. Cfr. ABELLO, *Della locazione* (I), p. XII. Il pensiero dell'ABELLO, però, non mi è risultato molto chiaro. Pare che egli neghi « la possibilità di un tipo unico di contratto ». E ciò è vero, perchè le due forme di locazione rappresentano due sottocategorie a se, distinte, di un unico tipo contrattuale. Ma l'aver lo stesso ABELLO riconosciuto un'identità di contenuto generale, e una nozione fondamentale unica della *locatio*, abbracciante le due forme ricordate, fa ritenere che egli converga nella sostanza (cfr. p. V). Invece il LA LUMIA, *I depositi bancari* (1913), p. 275, e d'accordo nel concepire il godimento delle cose o delle energie di lavoro unitariamente come « locazione ». E infatti il LA LUMIA consente pure nel riconoscere che la consegna della cosa al conduttore non è elemento essenziale (e neppure naturale). Anche il ROCCO (dott. UGO), *La natura giurid. del cosidd. contratto di abbonam. alle cassette forti* (estr. dal *Circolo giurid.*, 1911, p. 35), ammette che le due forme di locazione si ricollegano ad un'unica idea di « godimento dell'utilità di una cosa o di una energia di lavoro ». E infatti, pur asserendo, com'è esatto, la differenza delle due forme, tenta una descrizione sintetica dei due contratti. Come si vede non mancano voci favorevoli alla nostra tesi, che non è tesi nuova. Tuttavia, ripeto, i detrattori sono in prevalenza. E chi sopra tutti eccelle nella sua vivace e brillante polemica contro la locazione adattata al contratto di lavoro è il CARNELUTTI, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I. Di questa monografia ho già tenuto largamente conto sopra, a proposito del lavoro concepito come cosa. Negato questo punto di partenza, certo la tesi del CARNELUTTI circa il contratto di lavoro si sfascia: a me è parso che la sua opposizione al tipo « locazione » fosse un adattamento alla sua tesi. Anche nella dottrina tedesca tende ora a prevalere il distacco del contratto di lavoro dalla locazione (già indicato dalla stessa collocazione nel Cod. civ. german.). E così il KOHLER, nella *Enciclopedia di Holtzendorff* (1904), I, p. 680, distingue completamente l'una dall'altra: le parole « *locatio conductio operarum* » alluderebbero solo a un sistema economico a base di lavoro servile.

tochè dovettero distinguere il lavoro intellettuale da quello manuale più ignobile. Probabilmente se avessero intuito nella sua pienezza la possibilità di concepire il lavoro come un'utilità che poteva *fino a un certo punto* ¹⁾ essere oggetto di contrattazioni indipendentemente dalla persona che lo prestava, si sarebbe accordata l'*pactio locati* anche a chi avesse compiuto un lavoro intellettuale, ossia *operas liberales*. Più avanti i vecchi scrittori del diritto comune usano dal più al meno espressioni che tradiscono il soverchio ossequio alla tradizione creata dalla *locatio rei* e dalla conseguente *locatio hominis*. Così il Pacioni ²⁾: «..... non solum rerum sed etiam *personarum usus* quandoque in locatione conceditur». E questo avviene ancor oggi per parte di coloro che vanno oltre il segno nell'applicare la analogia tra la locazione di cose e quella di lavoro ³⁾. Ma è difficile, credo, andare più in là, in questa assimilazione, di quello che ha fatto il Langlois, il quale sostiene che nel periodo anteriore alla grande industria il contratto di lavoro era vera locazione (e fin qui nulla di male), perchè (aggiunge) in ciò che si cedeva era il frutto del lavoro, quindi (analogamente alla locazione di un campo) l'oggetto del contratto era la persona di chi in realtà promette la propria attività; il prodotto ne è il frutto, il salario è il fitto. Insomma l'operaio cedeva la propria persona perchè altri ne tragga i frutti ⁴⁾.

¹⁾ Cioè in quanto non si disconosca la inseparabilità del lavoro dalla persona (quindi la negazione del contratto di « cosa » per il lavoro umano); limitatamente quindi alla non necessità del possesso della persona del lavoratore.

²⁾ *Tractatus de locat. et cond.*, I, 9. Cfr. ZASIVS, *Paratiila in I dig. portem.* I, p. 251. E specialmente AZONE nella sua definizione della *locatio*: « Est autem locatio personae reive ad usum facta concessio », *Summa*, Venet. 1481, in IV libr. *Codic. de loc. et cond.*, p. 414. Cfr. altre citazioni in CARNELUTTI, cit., pag. 385.

³⁾ È stata citata a questo proposito la dottrina francese che ha fondato la teoria della responsabilità per gli infortuni (come ricorda il CARNELUTTI, cit., 385) sul concetto che l'imprenditore è obbligato a restituire la persona del lavoratore così integra come il conduttore deve restituire la cosa locata al locatore. Certo questo parallelo è erroneo. Si veggia infatti quanto sopra abbiamo espresso a proposito dell'obbligo dell'industriale di non invadere colla sua preordinazione la persona fisica o l'onore, ecc. del lavoratore. Sopra, pag. 472-473; BAUDRY-LACANTINIERE, op. cit., p. 14. insistono pure sul concetto di locazione, perchè il lavoratore affida la sua attività e la sua persona all'altra parte; egli resta padrone della sua persona che riprende infatti dopo adempiuti i suoi obblighi.

⁴⁾ *Contrat de travail* (1907), p. 19. L'ANTOINE (*Cours d'Econ. polit.*, p. 351) insegna che l'operaio loca la sua persona, non puramente come forza fisica, ma anche come persona intelligente e libera. Naturalmente gli elementi intellettuali sfuggono all'ordinamento giuridico esterno, pur determinando doveri morali propri al contratto di lavoro. Il LESIGNE sopra ricordato rigetta la teoria corrente, che (secondo lui) vede nel contratto di lavoro « scambio della persona contro denaro... », merce cui i lavoratori possano « ricevere non il prezzo della loro produzione della loro opera, ma quello della locazione dei loro cervelli o delle loro braccia... » (p. IX). E infine ricorderò l'impressionante definizione della locazione contenuta nel trattato

Non c'è bisogno di spendere molte parole per rilevare l'assurdo di questo concetto che si riferisce al contratto di lavoro del libero lavoratore, e che quindi a tutto rigore dovrebbe essere vero (per il Langlois) anche oggi, perchè, cessata la servitù, l'uomo libero fu cento anni fa quel che è ora dal punto di vista di una pretesa cessione della propria persona. Come si vede è sempre il dogma di una locazione che altro non può essere che quella che si rivela nella locazione di cose. Infatti per oggi il Langlois rigetta il concetto di locazione perchè oggi non vi è (sfido io!) cessione della persona, lo rigetta specialmente per la grande industria, che ha reso l'operaio completamente estraneo all'imprenditore. Ma anche su questa antitesi tra grande e piccola industria, dal punto di vista dell'argomento che qui si tratta, faccio tutte le mie riserve. E anche il D'Eichthal ¹⁾ insiste nel concetto del Langlois corroborandolo con ciò, che l'artigianato non conosce la divisione del lavoro; non vi è quindi determinatezza delle mansioni, come vi è invece nella grande industria in cui quindi il concetto di locazione sarebbe assurdo. L'idea dominatrice è qui questa: che l'indeterminatezza delle mansioni del lavoratore fa risaltare il concetto di forze di lavoro messe a disposizione del creditore del lavoro, che le guida e le dirige a suo talento; è sempre l'eco della stretta subordinazione propria della locazione di cose. L'uomo, insomma, che il capo dell'azienda può impiegare come crede, ritraendo dalle sue energie brute di lavoro quella qualunque utilità a cui possano materialmente servire, ricorda alquanto la cosa che nelle mani del padrone può essere adattata a qualunque forma d'uso.

Come si vede questo non è che impressionismo giuridico, che non ha la pretesa ad essere preso in considerazione, una volta chiarito che « locazione » non implica per necessità impossessamento: locazione è anche quella che obbliga un Bistolfi a consegnare un monumento per una cappella funebre patrizia. D'altronde non vi può esser dubbio che quell'antitesi influisca variamente sul contratto di lavoro (e lo vedremo a suo luogo); ma è altrettanto certo che neppure nella piccola industria il contratto di lavoro implica cessione del godimento della propria persona per parte dell'operaio. Certo vi è maggior contatto tra le parti che conduce a una più immediata subordinazione del lavoratore al suo principale (del garzone all'artigiano da cui dipende); vi sarà convivenza, talvolta anche coabitazione, come tra

spagnolo, cit. del POLACCO (*Rivista ital. sc. giur.*, 97, p. 409) « la concession temporal tanto del uso de alguna cosa quanto de la prestacion del trabajo o servicio dè una persona o bestia, mediante certo precio ».

¹⁾ In *Revue politique et parlementaire*, 1908 (vol. 66.^o), p. 522). Nello stesso ordine di idee è pure BOISSARD, cit.: il servitore dei proprii servizi nudi, senza specificazione di qualità.

maestro e apprendisti o garzoni nelle corporazioni medioevali ¹⁾. Tutto vero, ma la maggiore intimità personale del rapporto ²⁾ non altera di un capello la struttura del contratto di lavoro in confronto a quello che è prodotto dalla grande industria; si intende per l'argomento che qui ci preoccupa, perchè, ripeto, questa antitesi ha la sua non piccola importanza. In tutti e due i casi il lavoratore promette l'esplicazione delle sue energie, e se si vede una locazione nell'uno, si deve necessariamente ammettere nell'altro caso. Tutt'al più si può ammettere la distinzione tra lavori umili, bassi, materiali, e lavoro evoluto (confronta sopra p. 37 sg.): nei primi l'individualità intelligente e volitiva dell'uomo è assai meno spinta, sino a ridursi a un minimo: sino a ritenere (col Lovenstein ³⁾) che qui il lavoratore si avvicina alla schiavitù, che egli sia la « cosa ». Pur troppo tutto ciò si avvera: ma ad ogni modo, per quanto limitata, l'anima dell'uomo non manca neppure qui. Con ciò si è implicitamente risposto all'opinione molto affine di coloro che, come il Boissard ⁴⁾, limitano il tipo locativo nel caso del servitore che loca i servizi al padrone.

195. Ma dunque se vi è locazione vi sarà però sempre, come asserivano i vecchi trattatisti, l'« uso della persona » del lavoratore? Fu infatti osservato che se si sta al tipo locativo bisogna per forza arrivare alla « prestazione » dell'uso del corpo umano. Ora: a non aver paura delle parole a questo si può anche arrivare, tanto più se si concepisce « uso » come utilizzazione in senso ampio, non presupponente adunque il possesso della fonte delle energie. L'atto umano, asserisce l'Antoine ⁵⁾, è inseparabile dalla persona ⁶⁾; quindi logicamente il godimento delle energie di lavoro è godimento della persona del lavoratore; questi impegna dunque non la sola sua forza fisica, ma anche la sua personalità, la sua dignità d'uomo. E brutalmente ag-

¹⁾ Così anche il LANGLOIS, cit., p. 32. Il LANGLOIS trova una conferma delle sue idee nella teoria (da lui accolta) per cui le professioni liberali danno luogo a un mandato, non a una locazione di lavoro. Ma anche questa teoria, come sappiamo, lascia non poche perplessità.

²⁾ A questo proposito furono citati anche il matrimonio e l'adozione, in cui, si dice, la persona umana è oggetto del contratto. Così almeno THIERY (cit. in ANTOINE, cit., p. 353). Ma è superfluo avvertire che è per il matrimonio e per l'adozione come per il contratto di lavoro: in nessun caso la persona è oggetto di un rapporto giuridico. Questo abbiain già visto sopra, p. 469.

³⁾ Op. cit., p. 131. L'elevazione di questa dignità del lavoro è la meta cui deve tendere ogni opera savamente pacificatrice tra capitale e lavoro.

⁴⁾ In PERRIER et GRUSSEAU, cit., p. 94.

⁵⁾ Op. cit., p. 352.

⁶⁾ Perciò appunto PENDEMANN, in *Jahrbücher für Nationalökonom.* (III), 1896, p. 693, riteneva assurdo il concetto di locazione, sempre per l'erroneo presupposto che locazione implichi tipicamente trasmissione di una cosa in uso all'utente.

giunge: come non si può locare la pressione del vapore senza la macchina, così non la forza umana senza la persona del lavoratore ¹⁾).

Tuttavia anche tra parole vi possono essere sfumature di cui è bene tener conto. Troppo è ormai invalso il concetto dell'« uso » come forma di utilizzazione presupponente l'assoggettamento della fonte di utilità alla signoria dell'utente; si è così abituati a concepire l'« uso » come il godimento di certe utilità attuato coll'appropriazione della fonte che le produce che quell'espressione « uso dal corpo umano » evidentemente ci ripugna. Non si potrebbe dire, ad es., che chi gode una servitù *altius non tollendi* su un fondo neppur finitimo ha l'uso di questo fondo, o chi utilizza il valore prodotto da una vicina fonte calorifera ad altri spettante ha l'uso di quest'ultima; o chi ha il diritto di utilizzare la luce prodotta da un vicino fanale ad altri spettante e a cui quindi incombe l'obbligo di tenerlo acceso, ha l'uso del fanale. In tutti questi casi si suol dire che vi è un'utilizzazione delle energie prodotte dalla fonte (prescindiamo dal primo caso, *sui generis*, della servitù negativa), ma non un uso di questa fonte.

Si suol dire, intendiamoci; perchè io non credo alla sostanziale ripugnanza della parola « uso » ad esprimere puramente l'« utilizzazione » ²⁾; a me pare che in questo senso si debba accogliere la portata che per qualche economista ha l'« uso di un bene »: per il Ricci ad es. usare significa ottenere da una cosa tutte o alcune delle prestazioni che può dare, costringerla a lavorare per noi ³⁾. E questo concetto è pienamente applicabile anche al lavoro umano. Per il Lotmar ⁴⁾ invece « usare delle energie di lavoro » indica la trasformazione del lavoro attuale, ciò che è dato solo al lavoratore. La conseguenza è chiara: non è dunque il creditore del lavoro, ma chi lo presta che usa del lavoro, e vien meno la possibilità di concepire, in genere, il contratto di lavoro come concessione d'uso, un tipo di

¹⁾ Il più curioso è che chi ciò scrive è proprio l'ANTOINE, economista cattolico, che alla personalità morale giustamente dà tanto rilievo. Del resto il suo scopo era di giustificare il corollario: dunque dal contratto di lavoro, oltre l'obbligo di adempiere la prestazione promessa, nasce anche quella di rispettare la personalità morale del lavoratore, di salvaguardare i suoi diritti inalienabili. Giustissimo, ma si può arrivare a ciò senza batter la via percorsa dall'ANTOINE.

²⁾ Nel fr. 19, § 1 *de donat.*, 39, 5 si ritrova l'espressione « *uti opera mea* », e non per uno schiavo, ma per il lavoro di persona libera. E non è questo il solo frammento in cui una siffatta espressione ricorre.

³⁾ RICCI, *Il capitale*, p. 66. « Usare di un bene significa provocare ed estrarre le sue prestazioni dinamiche, costringerlo, per così dire, a lavorare per noi ». E a notare che la parola prestazione per alcuni economisti (es. PHILIPPOVICH, *Grundriss d. polit. Oekon.*, I, pag. 111) significherebbe le singole manifestazioni dell'attività di lavoro economico dell'uomo; per altri, come il RICCI, più in genere le forme varie di utilità di una cosa, oltre che l'attuazione dell'energia umana.

⁴⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 49.

contratto ampio, racchiudente la locazione di cose e il contratto di lavoro. Ora: è evidente qui l'equivoco. Usare non significa adoperare, impiegare (in tal senso il Lotmar potrebbe anche aver ragione), ma utilizzare, ricavare le utilità; e lo stesso Lotmar conviene che il creditore del lavoro adibisce ai propri scopi il lavoro datogli: ciò appunto è « usare »! Ma se ciò è vero astrattamente, è anche indubbio (ripeto) che nel linguaggio comune (sanzionato anche dalla terminologia del codice) usare allude al concomitante possesso della fonte, e quindi presuppone la signorile attività utilizzatrice dell'utente ¹⁾. Ad ogni modo tanto basta per dichiarare come, a tutto rigore, neppure il concetto di uso può essere assunto come elemento differenziatore tra le due branche della locazione.

Comunque, se non vi è uso della persona del lavoratore, vi è ad ogni modo la sua utilizzazione, limitatamente alla produzione di merci e di lavoro, in sè considerate o nel loro risultato ²⁾. Questa è l'essenza vera della « locazione » in genere, cioè la concessione a titolo oneroso della pretesa al godimento di date energie ³⁾; ora, io sfido a dimostrare che questa non è appunto l'elemento caratteristico anche dell'odierno contratto di lavoro. È questo un caso in cui quell'utilizzazione si attua soprattutto mediante l'intervento di chi ha promesso di incanalare le proprie energie nella direzione di una data persona: e non potrebbe essere diversamente.

Si insista pure, si dia pure il più grande sviluppo possibile (e la dignità della personalità umana lo impone) a questo concetto: per cui la produzione del lavoro è opera personalissima di chi lo pone in essere; ma è certo che quel carattere fondamentale perdura malgrado la mancanza, oggi, di un dominio sulla persona del lavoratore, con cui a nulla ha che vedere il fenomeno della subordinazione che oggi ancora si verifica in uno dei due rami fondamentali in cui si scinde il contratto di lavoro. Certo in questo caso (locazione d'opere) all'utilizzazione delle energie del lavoratore occorre, per ciò che

¹⁾ L'espressione uso del lavoro è molto frequente. Tutto dipende dall'intenderci sul valore delle parole; io non escludo il lato significato accennato nella precedente nota, dico solo che nella terminologia più accolta e rispettantesi nelle nostre leggi, usare, accenna anche all'elemento del possesso. Il SAY definisce il salario il prezzo che l'imprenditore paga per l'uso di una capacità industriale.

²⁾ Cfr. ABELLO, cit., p. XIII.

³⁾ Data questa ampia concezione io non vedo come si possa sostenere che, per ciò che concerne il concetto del « contratto di lavoro », filosoficamente la teoria della locazione è delle più criticabili. Così PIC, *Traité élém. de législation industrielle*, p. 690. Cade perciò la teoria del contratto di lavoro come contratto autonomo o *sui generis*: e non convengo, per conseguenza, con il CARNELUTTI: secondo il quale (op. cit., 371) « appunto perchè la prestazione caratteristica del contratto di lavoro riguarda il godimento di energia, senza godimento del corpo che la produce, il contratto è ritenuto, oggi, un contratto *sui generis* ».

concerne la destinazione di esse, un intervento che manca quando il lavoro è autonomo (locazione d'opera), in quanto è l'utente che deve indirizzare le energie a quegli scopi e a quei bisogni a cui intendendo di farle servire. Ma, se noi non vorremo lasciarci fuorviare da quella specie di modernismo che fiorisce (salvo qualche eccezione) nei più recenti scrittori dei rapporti del lavoro, dovremo serenamente constatare che, pur fatta la debita parte alla differente natura della fonte delle energie nei due sottotipi della locazione, e quindi all'impossibilità di estendere dall'uno all'altro talune delle norme che li disciplinano, tuttavia non vien meno in nessuno dei due quel concetto fondamentale di concessione della utilizzazione di date energie. Non vi è perciò quel forzato adattamento del contratto di lavoro alla locazione che è di moda deplorare: tanto più che, come vedremo, la dottrina è pur costretta in alcuni casi a estendere analogicamente le regole della locazione di cosa, quando non sia in gioco la diversità sopra accennata. Io credo, anzi, che questo concetto di « locazione », in cui rientra nell'ossatura del rapporto la considerazione della fonte delle energie, sia, anche dal punto di vista di questo modernismo, più simpatico, ad es., di quello (a cui si vorrebbe tornare, risalendo a concezioni dall'arcaico diritto romano) della vendita delle energie, che tende ad astrarre dalla fonte, e ad assimilare il lavoratore a una macchina.

Quel che mi importava qui notare è, soprattutto, la necessità di epurare il concetto della locazione da certi elementi che, sia sorti per ragioni storiche ormai cessate, sia suffragati dall'empirica visione di ciò che suole accadere, hanno intorbidato e deformato, nella mentalità dei più, quella che è a mio avviso l'idea vera e semplice, e alla quale già il Simoncelli aveva argutamente alluso ¹⁾.

Dunque il contratto di lavoro non è che locazione di lavoro, e le due figure fondamentali della locazione di opere e della locazione di opera hanno ancor oggi come tali una ragione d'essere; sono, appunto come locazione, forme vive e vitali. Certo, se vera fosse l'angusta concezione ²⁾ della locazione quale è data dalla locazione delle cose avrebbe perfettamente ragione il Carnelutti ³⁾, quando asserisce che la *locatio operarum* è una figura illogica e di transizione. E quando

¹⁾ Dato il nostro concetto della locazione e le linee strutturali costanti del contratto di lavoro nelle varie legislazioni, si può ritenere senz'altro che dappertutto il contratto di lavoro appartiene alla locazione. Certo non occorre che il legislatore esprima senz'altro questa sussunzione, come fanno tutti i codici a tipo latino.

²⁾ Che il GROUSSIER (in PERREAU, cit., p. 111) voleva codificata anche nel Cod. Napol., lasciando l'art. 1708 (corrisponde al nostro 1568), ma trasformandola così: « Solo le cose sono suscettibili di essere oggetto di locazione ».

³⁾ Op. cit., p. 386.

fissa così i due termini del dilemma: « o locazione, e allora prestazione dell'uso del corpo umano; o prestazione pura dell'energia, e compra-vendita o comunque un contratto affine a questo e diverso da quello » si potrebbe convenire, salvo la conclusione della compra-vendita, alla quale, a mio avviso, osta insormontabilmente, come credo di aver dimostrato, l'impossibilità di concepire le energie umane come « cosa » giuridicamente. Ma, abbandonando quella concezione si vede come « la conciliazione tra i due termini locazione e prestazione dell'energia » non sia « un assurdo logico ». Ripeto: il diritto alla utilità che in genere una fonte estranea all'acquirente può dare si può attuare in più modi: col godimento diretto della fonte, se è suscettibile di possesso (cosa); senza questo godimento negli altri casi. E allora non abbiamo più un uso della cosa, ma un godimento delle utilità, delle energie. Se si tratta delle energie di lavoro che un uomo può dare, il diritto al godimento di esse non si può attuare se non per tramite di un semplice rapporto di credito che vincoli la persona del debitore alla prestazione delle forze sue; l'uomo non è un automa, non vi è un uso, un godimento diretto della fonte di queste energie.

Del resto s'è già visto che è esatto il dire che queste energie di lavoro sono l'oggetto del contratto ¹⁾ solo in quanto siano oggetto della prestazione cui il lavoratore si è obbligato; poichè oggetto in senso proprio è « cosa » e le energie di lavoro (lo vedemmo) non sono una cosa, quindi, in questo senso quell'espressione è inesatta ²⁾.

¹⁾ Quest'espressione è molto comune; e per verità, se si asserisce che oggetto dell'obbligazione è la prestazione (cfr. sopra, p. 469) non vi è nulla di male a sostenere anche che le energie di lavoro sono oggetto del contratto di lavoro. Il ROCCO, cit., p. 36, estr. cit., sostiene che la prestazione è oggetto dell'obbligazione, ma che oggetto di contratto di lavoro è il godimento del lavoro: evidentemente il ROCCO intende « oggetto » nel senso di « meta » accennato nel testo.

²⁾ Il CARNELUTTI la combatte per un'altra ragione. Infatti il PLANIOL definisce il contratto di lavoro, riferendosi però solo alla locazione di opere (*Traité élém.*, II, n. 1889): « la chose louée est la force de travail qui reside en chaque personne ». Ma anche qui nella confutazione che ne tenta il CARNELUTTI si palesa il difetto dell'aprioristico suo punto di partenza angusto. Il CARNELUTTI (p. 387) obietta che siccome le energie di lavoro non sono più restituite dal creditore del lavoro, ecco che la cosa locata vien trasmessa definitivamente al conduttore. Del resto già il LOTMAR (op. cit., I, p. 49) aveva obiettato al concetto di locazione (però di locazione di cose, si noti!) che le forze di lavoro sono consumate, e invece oggetto di locazione non possono essere che cose non consumabili. Che l'energia esca dal corpo man mano che vien prodotta e che vi resti solo la fonte di esso, cioè il corpo, è perfettamente esatto. Ma inesatto è il parallelo tra le energie del lavoro e la « cosa » (in senso stretto) locata. Infatti la cosa locata non è che la fonte delle utilità; essa si restituisce perchè se ne può avere il possesso; le utilità invece che dà, non si restituiscono. Invece il corpo umano del lavoratore non si possiede, quindi non vi è nulla qui da restituire; così come non vanno restituite le utilità che esso ha date, cioè le energie di lavoro, che si sono obbietivate nella produzione, nella

196. Del resto il fatto che la sussunzione del contratto di lavoro nel tipo locativo sia stata legislativamente accolta sino al nostro codice¹⁾ dimostra la necessità, per l'interprete, di allargare il concetto della locazione. So bene che queste classificazioni fatte dalla legge hanno del dogmatico, più che del legislativo, e quindi non vincolano l'interprete: ma non lo vincolano se vi è un errore dogmatico evidente e se è impossibile perciò accogliere l'opinione del legislatore. Ma fin che quest'opinione può essere salvata non è male tentare una spiegazione. Ora di fronte a un articolo esplicito come l'art. 1568, pel quale « il contratto di locazione ha per oggetto le cose e le opere », l'interprete è naturalmente condotto a ritenere che dunque il tipo locativo, quale la legge l'ha elaborato, sia più lato di quello che presuppone un *uti re aliena*, e un possesso della cosa altrui. Del resto sappiamo che i tipi vari di negozio sono una creazione della legge, benchè sia ammesso il contratto innominato, come creazione diretta dei bisogni pulsanti della vita quotidiana: ma qui la legge non si ingerisce. Altro è quando il tipo è elaborato nella legge. In tal caso — checchè in contrario appunto a proposito del contratto di lavoro ne dica il Geny²⁾, secondo il quale le nostre categorie moderne di negozio giuridico hanno una importanza tutta relativa — la struttura quale risulta obbiettivamente (non subbiettivamente attraverso a una enunciazione anche erronea del legislatore) attraverso il sistema della legge è assolutamente vincolativa³⁾. Ora, questo mi pare il caso no-

riparazione, ecc.: quindi trasformate in tal guisa restano nel patrimonio del creditore del lavoro. Cade perciò la critica del CARNELUTTI. È però vero che d'altra parte l'espressione adottata dal PLANIOL non si possa accogliere, se strettamente intesa, per la ragione indicata nel testo.

¹⁾ Il COGNETTI DE MARTIIS, in *Bibliot. Economista*, serie V, 2, p. CLX, vede una riprova del suo concetto per cui il contratto di lavoro non è locazione, ma contratto innominato *do ut facias, facio ut des* (un singolare richiamo di istituti romanistici) nella legislazione comparata. Ma la prova non mi par riuscita, benchè io non escluda che una legge possa staccare il contratto di lavoro dal tipo della locazione. Così ad es. la legge inglese del 13 agosto 1875 (*l'Employer's and Workmen Act*) non usa le parole locatore, locazione nel definire l'operaio, in una lunga definizione che io qui non ripeto, ma che in sostanza si limita a descrivere gli elementi essenziali del contratto di lavoro (cfr. in HOWELL, *A handy-book of the labour laws*, London, 1895, p. 26). E la costituzione del Dakota meridionale in America, a quanto riferisce il COGNETTI, definisce il contratto di impiego accennando all'obbligazione di « fare una data cosa a vantaggio dell'impiegante o di un terzo ». Veramente vi sono frammenti romanistici che ci discorrono di una *faciendi necessitas*, eppure non escludono il tipo della locazione.

²⁾ Nella *Revue trimestrielle*, 1902, 337. Il GENY nega la necessità di forzare il contratto di lavoro in una delle categorie conosciute. Ma quando la collocazione non è forzata? Cfr. pure CHATELAIN, nella stessa *Revue*, 1904, 315 sg.

³⁾ E se questa struttura porta alla separazione del contratto di lavoro dalla locazione, come è ad es. nei più recenti codici (tedesco §§ 535 e 611; il cod. fe-

stro. Concettualmente un tipo di locazione a linee ampie, quale sopra noi abbiamo accennato è ammissibile: nulla di male quindi a stare colla legge, che questo tipo largo e unificato non solo enuncia (art. 1568), ma obbiettivamente elabora in tutto il titolo IX « della locazione » ¹).

Dubbio quindi non dovrebbe sorgere su ciò, che nella legge il contratto di lavoro è designato e disciplinato come locazione. Al Chatelain veramente pare che il Codice invece taccia ²); dice, è vero, che il contratto di lavoro è locazione, ma ciò è troppo vago, è cosa che non definisce nulla, perchè non ci dice, da sè sola, se la locazione di opere implichi la garanzia contro gli infortuni del lavoro o l'indennizzo per recesso unilaterale; per ambo i casi è stata necessaria una legge apposita (per secondo solo in Francia). Prescindiamo dalla questione del risarcimento per recesso unilaterale: è però certo che prima della legge sugli infortuni l'art. 1124 risolveva in limiti modesti la questione in senso affermativo; e che il principio contenuto nella legge speciale che venne poi non poteva essere una conseguenza nè del tipo « locazione », nè dei tipi « società » o « vendita » vagheggiati dallo Chatelain. Il suo argomento non prova nulla; tanto più quando si pensi che il solco profondo intercedente tra le due branche della locazione (di cose, di lavoro) doveva necessariamente, in una disciplina legislativa così avara come la nostra quanto al lavoro, eliminare i richiami dall'una branca all'altra, quali invece noi scorgiamo per la colonia parziaria (art. 1647 capov.) ³).

197. Abbiamo sostenuto che il contratto di lavoro in genere, cioè in tutta la sua portata, e nelle sue fondamentali classificazioni, è suscumbibile nell'ampia categoria delle locazioni. Ora, più evidente è certo l'identità del tipo contrattuale (nei limiti qui indicati) per la locazione delle opere. Qui infatti ci accostiamo di più alla locazione di cosa: non vi è, naturalmente, il possesso del corpo del lavoratore, ma vi è quella subordinazione del lavoratore al creditore del lavoro, che noi

4

derale delle Obbligaz., art. 253 sg., 319 sg.), si potrà fors'anco accogliere della locazione il concetto più angusto: benchè la cosa non sia affatto sicura.

¹) Il CARNELUTTI, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 385-386, pensa invece che l'interprete non debba lasciarsi suggestionare da ciò; e che la fase del contratto di lavoro come locazione sia ormai superata.

²) *La nature jurid. du contrat ecc.* (cit.), p. 109-110.

³) Piuttosto ci si può opporre che la tendenza dei tipi contrattuali è verso una sempre maggiore differenziazione; la permuta e la vendita si separarono; si staccò la locazione dalla vendita; e ora il contratto di lavoro dalla locazione. Così ad es., il GROUSSIER, in PERREAU et GROUSSIER, *Le contrat de travail*, p. 61. Non è però regola assoluta, benchè quel processo di disintegrazione risponda al raffinarsi del pensiero giuridico, e alla sempre crescente varietà dei bisogni cui soddisfare. E poi il tipo contrattuale è foggiato dalla legge obbiettivamente; non c'è nulla di assoluto e di aprioristico in proposito.

esamineremo largamente più avanti, che richiama in parte la più stretta (e molto diversa!) subordinazione che vi è tra il conduttore e la cosa che è in suo potere, limitatamente alla detenzione che esso ne ha. Come la cosa è passiva nelle mani del conduttore così il debitore delle opere si limita a porre le proprie forze di lavoro a disposizione dell'altra parte ¹⁾, che le guiderà e le indirizzerà secondo i criteri e gli scopi suoi personali. E infatti nella più recente dottrina è quasi esclusivamente dal punto di vista della locazione di opere che si è da alcuni condannata fieramente la sussunzione del contratto di lavoro sotto le ali della locazione; evidentemente nell'apprezzamento di quell'affinità non si sono colte tutte quelle che, più che sfumature, sono differenze sostanziali che scavano un solco tra la locazione della cosa e la locazione di lavoro. Aggiungiamo qui quanto fu già rilevato sopra: nella locazione d'opere più facilmente il lavoratore mette a disposizione dell'altra parte le proprie energie in blocco, per quegli scopi, per quei risultati che più piaceranno a quest'altro contraente: limiti ve ne sono sempre, ma possono essere così lati da consentire all'altro contraente quell'ampia facoltà di godere che è normalmente concessa al conduttore della cosa.

Meno evidente ²⁾ appare l'identità strutturale (dal punto di vista del tipo fondamentale di contratto) tra la locazione di cosa e la locazione d'opera ³⁾. Eppure l'identità è certa, come è certo che la loca-

¹⁾ Così si può dire che il creditore delle opere dispone del lavoro datogli dall'altra parte, lavoro che il creditore guida e indirizza secondo i propri criteri e i propri scopi. Il ROSIN, perciò, può definire (dal punto di vista della legge sugli infortuni) «datore del lavoro chi ha la facoltà di disporre della forza di lavoro di chi è impiegato», *Arbeiterversicherung*, I, p. 178. È un fatto che nel comune linguaggio si fa talora uso di espressioni che ricordano la soggezione all'utente della cosa locata: così si dice che l'impresario cede a un comitato di beneficenza un proprio artista, lo presta ad altri. Ma sono espressioni che implicano un'idea compatibile con quella che è, per me, il vero concetto del contratto di lavoro, in quanto l'artista, ad es., sia obbligato a prestarsi per quella persona che il creditore suo (l'impresario) piaccia di determinare.

²⁾ È infatti negata dal RIEZLER, *Der Werkvertrag nach dem bürgerl. Gesetzbuch* (1900), p. 1, nota 1, che l'ammette invece per la locazione d'opere. Cfr. invece WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 451. Anche l'ABELLO, *Locaz.*, I, p. IX sg., limita l'affinità di tipo contrattuale alla locazione di cose e di opere.

³⁾ Notiamo subito che storicamente vi è stata analogia tra *locatio rei* e *locatio operis*; in quanto e il locatore della cosa e il locatore dell'opera consegnavano qualche cosa all'altra parte, perchè questa o vi esercitasse l'*uti frui*, lasciando intatta la sostanza e la forma, o vi esercitasse una determinata elaborazione, mirante a modificare nell'interesse del locatore la forma e la sostanza della cosa consegnata. *Locare*, già lo notammo, indica collocare, dare, porre, consegnare (ad es., *locare filiam*, *locare pecuniam*, ecc., dare in moglie la figlia, prestare denaro, ecc.). Ma è analogia di pura forma che non ha importanza veruna oggi in cui i due contratti hanno una costruzione affatto propria. Anche il LOTMAR, cit., I, p. 52,

zione d'opera è caratterizzata dall'elemento « lavoro », che, cioè, vi è anche qui godimento per parte del creditore dell'*opus*, del lavoro dato dall'artefice: e tanto basta, per quella suscumbibilità nel tipo « locazione ». Non è tuttavia questa, si badi, un'opinione incontrovertibile: la suscumbibilità della locazione di opera nell'ambito della « locazione » incontra opposizioni anche presso molti di coloro che sono disposti a identificare la categoria contrattuale per la locazione d'opere e per la locazione di cose. Così pel Riezler ¹⁾ il concetto di « concessione d'uso », prevalente e comune per la locazione di cose e di opere, non avrebbe importanza alcuna nella moderna locazione di opera, con che sarebbe pienamente rotto il nesso che storicamente avvinceva la *locatio operis* alla *locatio rei*. Il Riezler trova che di ciò nessuno può lagnarsi, perchè quell'artificiale collegamento non era a vantaggio dei progressi dell'istituto. Di tutto ciò io avrei ragioni per dubitare: come si può negare che l'artista che mi deve una statua, o l'imprenditore che deve fare una strada, o l'artigiano sono tenuti a una prestazione di lavoro? Il Riezler oppone: no, non è prestazione di lavoro. Questa non è che una sottigliezza.

Intanto in linea generale (e lo vedremo più diffusamente a suo tempo) che in questo contratto il lavoro sia considerato nel suo risultato (*opus*) non elimina affatto una *faciendi necessitas*. Mezzo a fine? Certo, come nella locazione d'opere: di differente vi ha solo che qui il lavoro rientra nella sfera di chi lo presta. Questo ne è il padrone, e lo dà a suo rischio, per proprio conto, con proprii criteri direttivi ²⁾. Ma è questa una ragione per ritenere che l'elemento « lavoro », come mezzo indispensabile all'attuazione della prestazione, esca dalla situazione complessa creata dal contratto? Ma se così fosse non vi sarebbe che un dare, e il contratto sarebbe puramente una compravendita: ciò che abbiamo escluso a suo luogo. Inoltre: come il Riezler può insistere nel suo concetto quando l'artefice non dia che un puro servizio, e non contribuisca con proprio materiale? ³⁾. Qui tanto meno

osserva che questa identità terminologica riguardava solo il fenomeno esteriore dell'incipiente esecuzione dei contratti di *locatio*, senza indicare un'identità di contenuto; neppure in diritto romano vi sarebbe stata identità di tipo contrattuale (pag. 62, nota 3).

¹⁾ Op. cit., p. 30.

²⁾ È sulla base di questo concetto che la più recente dottrina francese separa bruscamente la locazione d'opera dal contratto di lavoro, negando alla prima la qualità di locazione e facendone un « contrat d'entreprise »: la classificazione romana sarebbe dunque difettosa. Così ad es. PLANIOL, cit., che pure aderisce pienamente al concetto di locazione per la locazione di opere. Si noti che per la *locatio operis* male serviva in diritto romano l'analogia colla *locatio rei*; abbiamo qui, dunque, un evidente allargamento della limitata concezione della *locatio rei*, una spiritualizzazione del tipo locativo.

³⁾ Contro il concetto sostenuto dal RIEZLER anche HACHENBURG, *Dienstvertrag*

può discorrersi di un « dare ». Qui vi è, sì, un risultato, ma che non è se non un risultato immateriale che lascia tanto più risaltare l'importanza tangibile e sensibile della prestazione di lavoro: provatevi un po' a far passare in seconda linea e lasciare nello sfondo l'attività di lavoro del cantante, del conferenziere, del professore!

In conclusione, anche nella locazione d'opera eccelle pur sempre l'idea di un lavoro fatto per altri; che dal punto di vista contrattuale sia considerato nel suo risultato, non toglie che la persona cui è destinato godendo questo risultato gode il risultato del lavoro altrui. Vi ha dunque concessione ad altri delle utilità ricavabili dalle proprie energie di lavoro, così come nella locazione d'opere ¹).

Tutti gli altri criteri per giustificare l'identità strutturale — lasciamo andare qui la questione dell'analogia — non sono sicuri ²).

und Werkwertrag im h. G. buch, 1898, ha opposto questa medesima obiezione. Il RIEZLER (p. 30, in nota) gli oppone che anche in questo caso l'artefice procura una cosa nuova a prescindere dalla questione della proprietà, sempre del committente. Ma a prescindere d'altro, rimangono sempre i casi di puro servizio accennati nel testo, e in cui manca una « cosa nuova »!

¹) A questo concetto il DEGENKOLB si oppone (op. cit., pag. 130, 131), poichè nella *locatio operis* non si ha di mira che un dato risultato. Il DEGENKOLB però si era dimenticato del famoso frammento di PAOLO (fr. 22, § 2, h. t. 19, 2); e sovraventosene più tardi non seppe rinuovere la difficoltà nascente da quelle parole di PAOLO (nell'*Errata-Corrige* dell'op. cit., pag. VIII, alla pag. 130, u. 2). Certo quel frammento non va esagerato, come si è fatto da tanti. Ma, come vedremo, ci dobbiamo opporre a questa concezione empirica che troppo violentemente reagisce contro la teoria, erronea, che fa della *loc. operis* una forma della *loc. operarum*. Quella concezione empirica ha condotto a trovare il concetto comune fondamentale nella vendita di cosa futura. Ciò che è assurdo e insostenibile.

²) A complemento di quanto dicemmo fin qui dobbiamo notare che al riavvicinamento alla vendita del contratto di lavoro ha fatto ricorso qualche giurista il quale ha creduto di aver trovato con esso il concetto fondamentale, ricollegante e abbracciante le tre forme della *locatio*. Si può notare che a ciò si venne anche perchè la concezione empirica della *locatio operis* fece parere assurdo che lo spirito della *locatio* stesse in un « godere », in un *uti frui licere*. La locazione sarebbe dunque una vendita di cose future. Il DEGENKOLB (op. cit., pag. 171) si domanda quali saranno queste cose future nella locazione di cose.

Risponde il POTHIER che aveva aderito a questo riavvicinamento. Egli distingue due gruppi: *locatio rei* e *operarum* da una parte, *locatio operis* dall'altra. Quanto alla prima dice esplicitamente (*Louage*, num. 4) che la locazione si risolve in una vendita, poichè essa racchiude in qualche modo la vendita del godimento e dell'uso della cosa e della energia di lavoro per il tempo fissato o da fissare: la somma convenuta ne è il prezzo. Più evidente è la cosa per la locazione dei fondi rustici, in cui si avrebbe vendita dei frutti. Però il riferimento che fa POTHIER al diritto romano, sulle tracce di CUIACIO, è infondato. Si tratta di una inesatta interpretazione dei fr. 19 e 20 *de A. e. et. r.* 19, 1 (cfr. DEGENKOLB, op. cit., pag. 132, nota 1). Prove invece più serie ha offerto il MOMMSEN (cfr. SIMONCELLI, *Locaz.*, pag. 5). Il SIMONCELLI pure si è mostrato favorevole a quel riavvicinamento della locazione alla vendita. Egli accenna anche alla locazione di opere, in cui è *res futura* « lo sforzo umano che si promette » (pag. 6). Ma, a tacer d'altro, basterà

Fu, ad es., ritenuto che l'unico punto di contatto tra *locatio rei* e *locatio operis* sta nello scopo economico, e cioè una produzione derivata dal connubio del capitale col lavoro, riguardo alla locazione dei fondi fruttiferi ¹⁾. Però si può osservare che nella locazione di fondi fruttiferi quella produzione va a vantaggio primario del lavoratore, nella *locatio operis* a vantaggio primario del capitalista (o meglio del committente). Di qui una struttura giuridica intimamente diversa. In un sistema romanistico — contrario a vedere una *locatio operis* nell'ipotesi in cui i materiali siano somministrati dall'artefice, ma prevalga l'elemento lavoro — vi sarebbe ancora un altro punto di contatto: e cioè la consegna di una cosa in detenzione per un determinato uso. Le fonti usano anche una identica terminologia ²⁾. Ma lo scopo dell'uso è troppo radicalmente differente. Nella *locatio rei* l'uso è a prevalente diretto vantaggio del conduttore, nell'altra lo è del locatore. Il conduttore nella prima percepisce per sè i frutti, e deve restituire la cosa nella identica sostanza e forma; il *conductor operis* deve restituire la cosa con una modificazione (anche solo di luogo) a vantaggio del *locator*. Nè dobbiamo lasciarci fuorviare dal fatto che il *conductor operis* percepisce una mercede che rappresenta la differenza contrattualmente determinata tra il valore ³⁾ della cosa prima e quello dopo l'uso fattone dall'artefice. Il Bechmann induce troppo affrettatamente che questa mercede rappresenta il frutto ricavabile dall'uso della cosa, e che quindi la *locatio operis* altro non sia che una *locatio rei* con una speciale *lex*. Egli trascura un fatto importantissimo: ed è che l'uso della cosa, per parte del *conductor operis*, è diretto prevalentemente, primariamente, ad operare una certa modificazione nell'interesse del *dominus rei*. La mercede non è che una derivazione secondaria, indiretta da quell'uso, come lo è il fitto che il *locator rei* percepisce: sempre, s'intende, ove noi fissiamo la nostra attenzione al concetto di « uso della cosa ». L'analogia dunque, concludendo, non è che apparente per la *locatio operis*. Contro il Bechmann poi vi è anche l'origine storica delle *locationes operis*, che fu

ricordare la impossibilità (che credo di aver dimostrato) di sussumere il contratto di lavoro nella vendita, per escludere questo nesso tra le tre forme di locazione; salvo, si intende, che col LESIGNE (op. cit., pag. 76 sg.) si voglia scorgere nella locazione in genere una alienazione, quindi per la locazione di lavoro la alienazione della personalità umana (nella locazione d'opere). Il PIC, *Traité elem.*, cit., pag. 690, opporrà forse al LESIGNE, che il lavoratore vende il lavoro, non aliena nulla. Ma si è visto qual conto si debba fare, ripeto, di questa « vendita del lavoro ».

¹⁾ Cfr. SIMONCELLI, op. cit., pag. 4.

²⁾ *Fundum fruendum locare, viam tuendam, insulam reficiendam locare*: cfr. BECHMANN, op. cit., I, p. 433.

³⁾ Kauf, I, p. 428.

pubblicistica, come già altra volta notammo (lavori di riparazioni ad edifici pubblici concessi dal *censor*); qui il concetto di consegna di una cosa era semplicemente assurdo ¹⁾!

198. La questione più praticamente importante è se l'unicità strutturale conduca anche alla analogia. E qui bisogna subito affermare che identità del tipo contrattuale non implica necessariamente piena ed incondizionata estensibilità analogica dall'uno all'altro dei sottotipi. Certo, entro certi limiti, cioè dove è in gioco puramente il concetto fondamentale che lega i vari sottotipi, non vi ha dubbio che l'analogia si può e si deve ammettere ²⁾. Ma ogni sottotipo ha particolarità proprie, che scavano un abisso tra l'uno e l'altro; qui è assurdo discorrere di analogia. Ad es. nella locazione di cose c'è l'elemento « possesso della cosa da restituire » che manca nella locazione di lavoro, il quale anzi è addirittura agli antipodi con quell'elemento: come è possibile qui una estensione analogica? Come si possono estendere al contratto di lavoro le regole sulla custodia della cosa? ³⁾. E questo tuttavia fu fatto, specie per l'applicazione della responsabilità dell'imprenditore sugli infortuni sul lavoro ⁴⁾: ma come abbiamo osservato è questa una grossolana interpretazione che risente troppo l'influsso che ha esercitato tirannicamente, ed esercita ancor oggi dominando le menti, la locazione così come è disciplinata nel sottotipo « locazione di cose ». Quella responsabilità, pel diritto comune, si radica nell'art. 1124: ricorrere alla locazione di cose è assurdo, e poco riverente per la dignità del diritto, che unifica, sì, il tipo contrattuale, ma non fonde le sue applicazioni, come non fa un tutt'uno della cosa bruta e dell'uomo. Più generalmente possiamo notare come nella locazione di lavoro il fatto della inseparabilità da chi fornisce le energie delle energie stesse e della loro conseguente utilizzazione porti, come ha benissimo osservato il Brentano ⁵⁾, a ciò, che il fornitore (Brentano dice « venditore ») deve necessariamente trovarsi a contatto con chi utilizza il suo lavoro, ciò che è tanto più vero, anzi è esclusivamente vero per la locazione di opere; deve trovarsi in luoghi spesso antiigienici, o vicino ad altri lavoratori o a macchine dai quali o delle quali può venirgli danno. Insomma la persona stessa

¹⁾ Cfr. PERNICE, op. cit., p. 210.

²⁾ In questo senso la prevalente giurisprudenza. Es. la Cass. Roma, 17 aprile 1908, *Contr. lar.* 1908, 251, che ammette applicazione analogica delle regole della locazione di cosa « purchè non trovino ostacolo nelle speciali regole del contratto ».

³⁾ E così non posso seguire la giurisprudenza nostra che spesso ha esteso al contratto di lavoro l'art. 1573; il problema della sublocazione nella locazione di cose e nella locazione di lavoro non può non avere una trattazione distinta, dato l'elemento fiduciario insito nella locazione di lavoro.

⁴⁾ Cfr. ad es. FOLLIN, *Le contrat de travail*, cit., p. 45.

⁵⁾ *Zur Kritik der englischen Gewerkevereine*, p. 12 sg.

del lavoratore è afferrata in un certo senso. Tutto ciò non si ha nella locazione di cose; dove il somministratore delle energie non fa che mettere la fonte a disposizione dell'utente.

Tuttavia è certo che il comune elemento fondamentale (godimento delle energie della cosa o dell'uomo) conduce (specie quanto alla locazione d'opere) all'identità di un altro elemento: la prestazione a tratto successivo, corrispondente alla necessità di una utilizzazione successiva; quindi la possibilità di misurare la prestazione secondo il tempo (ciò per il lavoro come per la mercede) ¹⁾. E lo stesso anche quanto ai rapporti tra le due prestazioni, determinati fondamentalmente da ciò che il corrispettivo dell'utilizzazione presuppone quest'ultima (quindi la postnumerazione, la proporzionalità, ecc.). Insomma gli elementi comuni, e quindi di analogia non mancano; cito ancora la materia del recesso unilaterale ²⁾.

L'analogia dunque si può ammettere sotto questi limiti, in base alla tecnica giuridica, che fino a un certo punto non si cura di certi riguardi sociologici, e analizza con l'occhio freddo e impassibile. Contro questa analogia oggi più di uno ha fatto la voce grossa: l'esclusero inoltre il Polacco ³⁾, il Mataja ⁴⁾ e altri. Il Mataja osserva che la collocazione della *locatio rei* e del contratto di lavoro sotto la medesima categoria di locazione ha ragione d'essere solo per certe somiglianze puramente esteriori, e si capisce solo pel diritto romano, per cui viveva il lavoro degli schiavi e che considerava il lavoro dell'uomo, per conseguenza, come il lavoro delle bestie, o di altra cosa qualunque ⁵⁾. Ricorderò, tra gli altri, ancora il Gierke ⁶⁾, il Grünberg ⁷⁾, lo Hartmann ⁸⁾, ecc. In questa battaglia c'è qualcosa di vero, certamente; l'analogia colla locazione di cosa non potrà in ogni caso es-

¹⁾ Così anche LOTMAR, op. cit., I, p. 48. Il DUTHOIT, *Vers l'organisation professionnelle*, cit., p. 137, ritiene che la sussunzione, secondo lui irragionevole, del contratto di lavoro nel tipo della locazione sia dovuta solo a questa concorrenza di elementi esteriori.

²⁾ L'art. 1609 fu invocato anche per il recesso unilaterale nella locazione di opere a tempo indeterminato. Cfr. CARNELUTTI, in *Rivista dir. comm.*, 1911, I, 377 sg. la Cassazione Roma, 17 agosto 1908, *Contr. lav.*, 1908, 255. Aggiungo poi come gli art. 1618 sg. contengano tutti, qual più qual meno, principi generali per le due branche di locazione; tanto che se anche il contratto di lavoro fosse nel nostro sistema legislativo fuori della categoria della locazione, si dovrebbero pur sempre applicare principi che sono appunto quelli ivi ricordati; altro che staccare il contratto di lavoro dalla locazione, per impedire l'applicazione dei principi che guidano quest'ultima!

³⁾ Op. cit., p. 409.

⁴⁾ *Der Schadenersatz*, p. 103, nota; cfr. KÜHNAST, *das Erbr. d. Entw.*, pag. 8.

⁵⁾ Cfr. CARNELUTTI, in *Rivista dir. comm.*, 1913, I, 382-383.

⁶⁾ *Der Entwurf*, ecc., p. 104.

⁷⁾ Op. cit., pag. 305 e 341.

⁸⁾ *Verhdl. des Kongresses deutscher Landwirthe*, 1888, Bericht, p. 40.

sere completa, assoluta. E ciò intesero perfettamente i giureconsulti romani, contro i quali è costume oggi Palzar la voce. I Romani adottarono infatti il parallelo, l'analogia tra *locatio rei* e *locatio operarum*; ma — come già vedemmo — concepirono come suscettibile di locazione solo le opere materiali grossolane, le illiberali. Quelle più nobili reputarono oggetto di un'altra figura giuridica per cui è impossibile l'analogia citata ¹⁾. È un esempio del tatto finissimo e della delicatezza di sentire di quei giuristi. Il Pothier, sulle loro orme, tratta, come s'è visto, promiscuamente della *locatio rei* e *operarum*. Egli considera le *operae* come *res*: ma soggiunge anche ²⁾ che le sole opere ignobili e valutabili a prezzo di danaro sono suscettibili di essere locate a prezzo di danaro. Oggi una corrente meno idealista prevale, ma appunto perciò spetta al legislatore e al giudice di procedere più guardinghi nell'applicazione dell'analogia, senza però distruggerla.

Ripetiamo che l'analogia tra locazione di lavoro e di cose cessa quando sia in gioco l'elemento personalissimo del rapporto che sussiste solo per la prima, non per la seconda: vedremo di ciò più di una applicazione nel corso della nostra esposizione. Ma d'altra parte non dobbiamo escluderla per partito preso ³⁾. Poichè dal punto di vista della tecnica giuridica (che solo ci interessa) abbiamo in tutti e due i casi il fenomeno costante di una persona la quale tollera che altri abbia a sfruttare certe utilità proprie, le quali però derivano da due diverse fonti che implicano un'attitudine puramente passiva del debitore nella locazione di cose, ed eminentemente attiva nell'altra ⁴⁾.

¹⁾ Naturalmente questa violenta separazione delle due forme di lavoro l'una dall'altra oggi non si può più seguire; i romani vi addivennero per aver concepito troppo materialisticamente la *locatio*, troppo ligi cioè alla *locatio rei*: ma è certo che questo falso punto di partenza servì benissimo per limitare l'analogia colla *locatio rei*.

²⁾ *Louage*, n. 10.

³⁾ Ben disse il JACOBY a questo proposito (*Archiv für das bürgerl. Recht*, IV, p. 138), che la *locatio operarum* è tutt'altra cosa dalla *locatio rei*, ma non si deve neppure dimenticare che quella storicamente è sorta da questa, e oggi concettualmente le tre locazioni sono parti di un concetto unico che è dato dall'*uti frui* contro mercede. Specialmente per la *locatio operarum* l'analogia colla *locatio rei* bene spesso si impone. E si impone tanto più nel caso nostro; il silenzio del codice ci costringe a far ricorso ai soliti mezzi per interpretare il sistema legislativo, tra cui vi è principalmente l'analogia che il nostro legislatore ha esplicitamente imposto col riunire le tre forme di locazione nella medesima categoria (locazione) e col sorvolare su una di esse. Di ciò i lavori compilatori del cod. Napol. fanno ampia testimonianza.

⁴⁾ È curioso come bene spesso si faccia questione di parole. A taluno, come ad esempio al KUNAST, parve già notevolissimo progresso il semplice mutamento di nome e l'abbandono (nel prog. di cod. civ. tedesco) del termine « locazione » (*Das Erbrecht des Entwurfes*, p. 8): con ciò è parso che si evitino le inaccettabili conseguenze derivanti da quella concessione di una « locatio ». Oh potere magico delle parole!!

Nella prima parte di questo enunciato c'è identità di situazione, e entro questi limiti si potrà allora verificare l'analogia ¹⁾.

Questo argomento dell'analogia tra i due rapporti ci conduce a discorrere anche dei casi (e ne vedremo più avanti) in cui un rapporto non sia decisamente dell'una o dell'altra categoria, ma contenga elementi dell'una e dell'altra. E certo che l'appartenenza del rapporto all'una di esse, pel prevalere degli elementi di questa, non esclude la possibilità di una applicazione di talune norme anche dell'altro tipo contrattuale, in quanto conciliabili col tipo di contratto prevalente. E un'osservazione già altra volta fatta, questa; che la commistione di elementi di vari rapporti in una data fattispecie tollera la applicazione delle norme disciplinanti il relativo tipo di rapporto. E ciò non solo per un naturale riguardo alla probabile intenzione dei contraenti; ma, e soprattutto, perchè gli elementi che non appartengono al tipo contrattuale prevalente, e quindi signoreggiante tutto il rapporto ritrovano la loro migliore e più opportuna disciplina appunto nelle norme proprie del tipo contrattuale a cui appartengono; e finché l'applicazione di queste norme si può accordare col tipo prevalente e cioè dominante tutto il rapporto non vi è nulla di male dar corso a quell'applicazione.

Un esempio molto calzante è quanto al contratto di lavoro in cui fa parte della mercede la concessione del godimento ad es. di un alloggio. Sarà applicabile l'azione di sfratto per locazione finita? Si applicherà l'azione di disdetta preventiva? O l'esecuzione provvisoria permessa dall'art. 363, n. 4, C. proc. civ., se si tratti di sfratto da case o da altri immobili « tenuti in affitto o in colonia »? La azione di sfratto presupporrebbe una locazione (« per locazione finita »: sia per l'art. 85, n. 5, C. proc. civ., come per la legge 16 giugno 1892, art. 10): ma la giurisprudenza, e anche la dottrina, tendono ad estenderla anche a quel caso. Il che è chiaro per coloro che, come il LESSONA ³⁾, vedono in quell'ipotesi una vera locazione di cosa quanto alla locazione di lavoro; non, almeno a tutta prima, per chi (come

¹⁾ Il JANNACCONE, *Enc. giurid. v. Contr. di lavoro*, n. 3 e seg., insiste a lungo sulla affinità tra locazione di cose e di opere. Convengo coll'egregio scrittore, laddove sostiene che « tra l'una e l'altra figura di locazione non vi ha dunque differenza di sostanza, ma esistono quelle diversità che la diversità dell'oggetto comporta ». Ammetto, anche, che « i principi che si traggono dall'una forma per applicarli all'altra non sono già quelli che si convengono specialmente alla locazione di cose per la natura del suo oggetto, sibbene quelli che sono proprii del concetto di locazione in genere ». Ma il JANNACCONE ha condotto fino ad estreme e a mio avviso inaccettabili conseguenze questa analogia: ad esempio nell'arrogamento degli infortuni sul lavoro.

²⁾ MORTARA, *Comm.*, II, n. 117.

³⁾ In *Cass. Firenze*, I, fasc. V.

noi e lo vedremo appresso) esclude una autonoma locazione di cosa. Ma è un elemento di locazione di cosa, che può esser disciplinato, come s'è visto, dalle norme di quest'ultimo, essendo l'esperimento di quell'azione compatibilissimo col carattere generale del negozio, che è contratto di lavoro. Quello che si è detto dell'azione di sfratto vale anche per la disdetta e per la esecuzione provvisoria: e naturalmente presupponiamo che non sia controversa la fine del godimento (cioè del contratto di lavoro), e che questa cessazione è il titolo della domanda.

Qui siamo di fronte a una vera analogia: si deve trattare di norme che letteralmente riferite alla locazione di cosa in realtà riguardano certi elementi di questa locazione (*l'uti frui* di un immobile a titolo oneroso)¹⁾ che si possono trovare tali e quali presso altri rapporti. Del resto lo stesso legislatore, coll'accennare anche alla colonia, ha dimostrato di voler entrare appunto in quest'ordine di idee: se l'enumerazione dei rapporti fatta dalla legge è incompleta, supplirà l'opera dell'interprete.

199. Godimento di un'attività personale altrui, e godimento di una cosa che trovasi nel patrimonio di un'altra persona sono due concetti così distinti (a parte l'identità dell'idea-madre fondamentale, e la possibile analogia del trattamento giuridico), che sembra non dover mai sorgere il più piccolo dubbio nella separazione delle due locazioni. Invece vi sono casi molto controversi, e ciò perchè, come già accennammo più indietro, i contratti non ci si presentano sempre, nella vita pratica, nella nuda semplicità dei tipi che ci offrono i trattati di diritto: ma i molteplici bisogni aggregano vari elementi disparati da cui sorgono delle figure contrattuali molto ibride. E talora la giurisprudenza non ha saputo sceverare pazientemente quegli elementi costitutivi e ricostruire quelli che appaiono costituire l'ossatura del contratto, e dargli una determinata configurazione. Accenneremo alcuni casi e cioè a quelli che più frequentemente si incontrano nella giurisprudenza. Ci siamo soffermati alquanto su questi casi dubbi, per l'importanza pratica che ha la esatta designazione scientifica di cotesto contratto quanto all'applicazione delle regole dell'uno piuttosto che dell'altro contratto (ad es. se è locazione di cosa non vi è la responsabilità oggettiva di cui agli art. 1153, 3 e 1644), e soprattutto, per ciò che si riferisce alla tassa di registro, che, come sappiamo, è varia secondo i contratti: talora la differenza, secondo che

¹⁾ Se perciò si tratta di norme che riguardano non tanto questi elementi, che possono esorbitare dalle linee della locazione di cosa, quanto strettamente la locazione di cosa, non avremo la possibilità di una estensione analogica: ma ciò rientra perfettamente nel quadro del nostro concetto. Una norma di questo genere, se non erro, è quella di cui all'art. 1597.

si colloca la fattispecie sotto l'uno o sotto l'altro tipo, è sensibilissima ¹⁾.

In linea generale si tratta di situazioni rese complesse da una pluralità di prestazioni di tipo vario, sia tutte a carico di uno dei contraenti, sia distribuite tra le due parti. E sempre in questi contratti di tipo misto, esclusa (come già si è visto a proposito della vendita) la pluralità dei tipi concorrenti contemporaneamente ²⁾, bisogna indagare quale è la prestazione tipo, prestazione fondamentale che imprime a tutto il contratto la fisionomia del contratto corrispondente ad essa. Ammetto anch'io che questa indagine non è sempre facile: chè non sempre è evidente se l'uso di una cosa sia elemento tipico, o solo subordinato accessorio al lavoro ³⁾. È invece merito del Lotmar, come si è visto, l'avere chiarito e sviluppato questo criterio, dimostrandone l'applicabilità come nesso di mezzo a scopo: la prestazione dominante è la prestazione-scopo.

È facile ad es. l'applicazione di questo criterio nel caso di chi diede in appalto la segatura di molte taglie contro mercede, cedendo all'appaltatore locali *ad hoc*; ben decise la Corte di Venezia ⁴⁾, che non mutava la natura del contratto il fatto che c'era il godimento dei

¹⁾ Si applicherà la tassa di registro di cui all'art. 49 e non già quella di cui all'art. 41 della tariffa annessa alla legge di registro; e cioè la tassa di una lira per 100, più il doppio decimo sul cumulo dei corrispettivi contrattuali, e non la tassa limitata a L. 0,25 per 100. Anche da un punto di vista giudiziario ha ragion d'essere l'importanza del distinguere i due contratti che noi esaminiamo. Non dico già che l'azione sia irricevibile, se vi è errore nella denominazione del rapporto giuridico; chè oggi l'azione è cosa ben diversa dalla *actio romana*, individuata per ogni rapporto giuridico. Già in diritto romano, quando le parti fossero incerte sulla natura del rapporto, occorreva l'*actio praescriptis verbis*; cfr. fr. 1, § 1 *de praesc. ver.*, 19, 3. « Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum utrum navem conduxerat, an merces vehendas locaverit civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit ». Però oggi se il ricorrente in Cassazione, opinando trattarsi, ad es., di locazione di cosa, fonda i suoi mezzi sulle disposizioni di legge relative alla locazione di cose, ancorchè la causa del ricorrente sia pienamente fondata, la Cassazione che rilevi l'errore dovrà limitarsi a rigettare puramente e semplicemente il ricorso. Infine non sarà male ricordare come in certe ipotesi l'obbligo o no dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro dipenda dal sapere se siamo di fronte a un contratto di lavoro o a una locazione di cosa: l'obbligo non vi sarebbe in quest'ultimo caso. Cfr. ad es., appr. n. 206, quanto al vetturino pagato *à la moyenne*.

²⁾ Il dubbio sull'ammissibilità dei due contratti, si è ritenuto possa nascere quando manchi un elemento prevalente; in tal caso opina il RIEZLER, *D. Werkvertrag*, ecc., p. 49, che in nome della logica, i due contratti coesistano collegati dall'unicità della stipulazione. Si ricordi però che nel dubbio si deve stare per la locazione di lavoro.

³⁾ È questo, come vedemmo per la vendita, un criterio (non nuovo; già accolto nella prima edizione di questo trattato) che ha avuto il suffragio dell'autorità del LOTMAR, cit., I, p. 203.

⁴⁾ 29 gennaio 1891, *Temi ven.*, 1892, 53.

locali, dacchè tale uso rendevasi indispensabile per le operazioni principali della segatura: troviamo qui, come si vede, il criterio del Lotmar circa l'unicità di tipo contrattuale.

Assai meno semplice è invece un altro esempio di pluralità di tipo di prestazioni a carico dell'uno dei contraenti, che è offerto dal contratto d'albergo. A che tipo contrattuale appartiene? La soluzione proposta dal codice civile messicano ¹⁾ è semplicista ed erronea; per esso si tratta sempre di un contratto di lavoro. Ora è evidente che se non vi è che il puro alloggio, il godimento del locale è la prestazione tipica, e l'attività di lavoro per apprestare i locali è puramente accessoria ²⁾. Si dovrebbe dunque ritenere che non vi è un « contratto d'albergo » di tipo unico; e che se non è un cosiddetto « hotel meublé » dove vi è il puro alloggio, sussiste un'attività di lavoro complessivamente assai rilevante e non puramente accessoria. D'altra parte in tal caso non possiamo ritenere prestazione puramente accessoria il godimento della camera. Quindi il risultato è che qui, per quanto si rigiri la situazione da tutti i lati, manca assolutamente una prestazione la cui prevalenza sia evidente, chè l'attività culinaria dell'albergatore non si può assolutamente concepire come secondaria, o accessoria accanto al godimento della camera: è piuttosto una prestazione che sta a sè ³⁾. Tuttavia di fronte all'opinione di chi ritiene che in fondo qui il godimento dei locali che l'albergatore mette a disposizione sia l'elemento prevalente ⁴⁾ io propenderei per ritenere

¹⁾ RAOUL DE LA GRASSERIE. *Cod. civ. del Messico*, p. 176.

²⁾ È pure il criterio del LOTMAR, di cui sopra, a proposito della vendita. Cfr. Codice portoghese, art. 1419 sg. Che esista nel contratto l'obbligo a questa attività propria dell'albergatore implicitamente lo asserisce il GIANTURCO (in *Enciclop. giur.*, voce *Albergatori*, n. 24). Secondo il GIANTURCO all'albergatore non è applicabile l'art. 307 cod. pen. (e questo è giustissimo) per molte ragioni, tra cui vi è anche questa, che nell'esercizio della sua professione l'albergatore « ... anziché dare il suo giudizio o prestare la sua opera, *loca principalmente le sue cose e i servizi ai suoi salariati* ». Il GIANTURCO con ciò riconosce dunque l'attività organizzatrice dell'albergatore che non si limita (e questo è l'essenziale) a procurare un locale, e conservarlo adatto al godimento.

³⁾ Per il LOTMAR, cit. I, p. 207, rispetto al vitto prevale (ciò che io non credo) la alienazione della materia alla *faciendi necessitas*; la alimentazione è lo scopo, il lavoro di cucina il mezzo. Il contratto d'albergo con vitto non sarebbe dunque mai contratto di lavoro.

⁴⁾ Si può capire come lo HELLWIG, *Die Stellung des Arztes*, p. 16, veda una locazione di cose nel contratto con un albergatore il cui albergo sia luogo di cura climatica, e, quel che è più, l'albergatore sia un medico. Le prestazioni mediche accessorie al godimento dei locali? In senso stretto no; ma è un fatto che chi entra in un siffatto albergo più che dalla bontà del lavoro o del suo personale può essere sedotto dal *comfort* dei locali. È però, questo, uno dei casi più spinosi, di fronte al quale ci si sente attirati, se non fosse in sè illogica, verso la teoria della duplicità di tipo contrattuale. Più facile è certo la soluzione quando, anziché

che nel dubbio si adotti l'applicazione delle norme che si riferiscono alla locazione d'opera.

Questo risultato possiamo anzi generalizzare, coll'enunciare il principio per cui quando sorga dubbio sulla natura di un contratto di locazione di cose o di lavoro, dobbiamo preferibilmente applicare le norme di quest'ultimo, come quello che più dell'altro ha riguardo alla personalità del debitore della prestazione principale.

Del resto vi sono casi, discussi nella giurisprudenza, che assolutamente non sono dubbi. Si è ad es. discusso se il contratto in forza del quale un'amministrazione per la pubblicità in vari giornali si assume la pubblicità o *rèclame* per una ditta sia locazione di cosa o contratto di lavoro. Nella specie la ditta aveva sospeso l'ordine di pubblicazione degli annunci, cosicchè il contratto era per fatto suo rimasto inadempito. Convenuto pel pagamento del prezzo di pubblicità, rispondeva che vi era locazione di cosa, e quindi per pretendere quel pagamento l'amministrazione avrebbe dovuto lasciare lo spazio in bianco a disposizione della ditta. L'agenzia invece sosteneva che non si trattava di godimento puro e semplice dello spazio in un giornale (locazione di cosa), per la evidente preponderanza dell'attività di lavoro necessaria per la pubblicità: il godimento dello spazio era dunque il risultato di un'attività di lavoro, non questa un accessorio rispetto a quello. Trattandosi di locazione d'opera cessava dunque ogni obbligo di disposizione dello spazio ¹⁾. E in massima consento perfettamente con quest'ultima tesi, a cui si deve arrivare logicamente accogliendo e applicando il criterio distintivo proposto dal Lotmar.

200. Un tipo di contratto di lavoro (tale è a mio avviso da ritenersi) che riunisce in sè elementi eterogenei, o almeno eterogenei a tutta prima, è il contratto di trasporto, sia di persone come di cose. Infatti sia all'uno come all'altro è comune non solo un'attività del vettore, diretta a operare il trasporto, ma anche il godimento che l'utente fa (il viaggiatore, o il mittente) del mezzo di trasporto (veicolo). Al trasporto di cosa, poi, è proprio un elemento ulteriore: il deposito della cosa, che il vettore deve custodire. Il dubbio quindi è nato in una parte della dottrina ²⁾: siamo di fronte a un tipo unico di con-

luogo di cure climatiche, si tratti di una semplice casa di cura (es. clinica). Qui è evidente che l'uso dei locali non è che mezzo per l'attuazione della cura: quindi vi è contratto di lavoro (così anche il LOTMAR, cit., I, p. 203).

¹⁾ Non conosco la legge del Tribunale di Milano (nel 1914) su questo caso. Il RIEZLER, cit., p. 50, ritiene locazione di cosa il rapporto tra il Club e i suoi membri a cui faccia pagare un prezzo speciale per l'occupazione dei posti di prima fila in una sala di spettacolo, in cui l'ingresso poi soci agli altri posti sia gratuito.

²⁾ Viceversa alcuni casi furono considerati come dubbi, che non lo sono affatto. Ad es., il contratto a metà tra i fiaccherai parigini e le imprese di trasporto. La Cassazione francese (cit. in *Rivista dir. comm.*, 1909, I, 253 n. 1) è molto perplessa

tratto, in cui l'attività di lavoro sia l'elemento assorbente e principale: cioè abbiamo un « contratto di lavoro » senz'altro? Perchè anche questa seconda soluzione è stata sostenuta: ch'io sappia non fu mai sostenuta l'unicità di tipo contrattuale imperniata non sull'attività di lavoro, ma sul godimento del veicolo, e, tanto meno, del deposito della cosa.

E a notare che già il Cod. Napol. aveva gettato qualche ombra su questo argomento classificando il contratto di trasporto (art. 1779; cfr. pure il nostro art. 1627) separatamente tra la locazione di opere e quella di opera, mentre (e lo vedremo a suo luogo) queste due branche fondamentali in realtà comprendono tutti i possibili casi di contratto di lavoro. Ad ogni modo se ne discorre tra i casi di « locazione di opere » (che negli art. 1627 sta per « contratto di locazione » in genere)¹⁾. L'art. 388 Cod. comm. a sua volta si limita a enunciare il contenuto dell'obbligazione principale (assunzione del trasporto), e con ciò non reca alcun contributo. Applicando però il criterio suesposto già ci si affaccia come elemento fondamentale di questo trasporto l'attività esecutiva od organizzatrice dell'assuntore, rispetto alla quale l'uso del veicolo o la custodia della cosa non sono che elementi accessori, indispensabili, ma pur sempre il mezzo, e nulla più del mezzo, mediante il quale quell'attività è espletata. Dunque un contratto di lavoro.

In contrario è sorta nella dottrina una voce, rimasta però, se non erro, isolata. Il Bruschetti²⁾ induce dall'art. 388 che elemento essenziale del contratto di trasporto sia « l'assunzione » del trasporto. E ciò si può ammettere. Ma il Bruschetti conclude che perciò il contratto di trasporto (commerciale) non è una locazione d'opera; risale bensì al concetto latissimo della *locatio conductio operis* del diritto romano, ma poi si sviluppò, assunse struttura autonoma; per cui oggi non ci è più consentito di farne una specie nel genere « locazione d'opera ». Ma veramente l'obbiezione del Bruschetti si appoggia solo a concetti, erronei, che non è questo il luogo di chiarire: si nega, cioè, che l'assunzione di un'organizzazione di lavoro sia una

tra le due forme di locazione, e si rimette a quel tipo contrattuale che è dato dalla « comune intenzione delle parti ». Ma che ne pensano le parti? Provatevi a interrogare il fiaccheraio e magari anche il capo dell'impresa di trasporto! Il DEREUX (l. c.) nota ciò, giustamente. I fiaccherai propenderanno per il contratto di lavoro, che tutela meglio la loro posizione; l'imprenditore per la locazione di cose, dove non vi è una personalità, ma una cosa da rispettare. Altro che comune intenzione! Il vero è che qui vi ha contratto di lavoro, e che, caso mai, il dubbio avrebbe dovuto sorgere tra società e locazione di lavoro.

¹⁾ Cfr. sopra, p. 3.

²⁾ In *Foro ital.*, 1900, I, 476. Contro il BRUSCHETTI, e aderente alla critica ch'io già ne feci (in *Dir. commerc.*, 1900, 542 sg.) cfr. VIVANTE, *Trattato* (III ed.),

forma di locazione d'opera o di contratto di lavoro: il che è falso, e lo vedremo più avanti. Possiamo qui concludere senz'altro che nel trasporto vi è vera e propria promessa di lavoro contro mercede; quindi contratto di lavoro. Che possano figurare nel rapporto tre persone, se il destinatario è persona diversa dal mittente, sappiamo già che non è una difficoltà inconciliabile col contratto di lavoro ¹⁾. E che l'obbligo della custodia sorga solo colla consegna al vettore della cosa, non colla stipulazione del contratto, non toglie nulla all'esistenza di un contratto consensuale, come altra volta ho cercato di dimostrare ²⁾.

Quel che importa è che gli elementi del deposito (quindi della custodia), e dell'uso del veicolo sono solo accessori rispetto a quello, fondamentale, dell'attività (esecutiva o anche solo organizzatrice) di trasporto. Già lo lasciava intendere Gaio, cfr. 5 pr. *navtae*, ecc., IV, 9: « *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut trajiciat vectores..., et tamen custodiae nomine tenentur* ». Queste ultime parole chiariscono la portata della prima parte che, presa a sè, non convince completamente: è chiaro che la mercede è dovuta anche per la custodia, perchè si riferisce a tutto quanto il servizio, in cui rientra pure l'attività di custodia. Ma insomma si allude all'accessorietà della custodia, alla prevalenza dell'attività di trasporto, che sarebbe l'elemento fisionomico, cui il corrispettivo si riferisce, e che avrebbe la virtù di attrarre a sè e quindi assorbire l'altro elemento accessorio. È appunto quanto io pure (d'altronde con quasi tutta la dottrina) ritengo ³⁾.

Invece se l'attività di trasporto è elemento accessorio, cioè mezzo per l'attuazione del godimento di una cosa, o, comunque (a prescin-

¹⁾ Cfr. sopra, p. 60 sg.

²⁾ In *Diritto commerc.*, cit., col. 551 sg. Non è una difficoltà neppure il fatto che qui la custodia sia la cosiddetta custodia tecnica, oltrepassante i limiti della diligenza del buon padre di famiglia, come invece ritenne il COPPA-ZUCCARI, *Consul. commerc.*, 1898, p. 177. Ma che in altri casi la custodia cui il debitore del lavoro è tenuto rientri nei limiti dell'art. 1224 non è differenza che colpisca l'esenza del negozio giuridico.

³⁾ La conclusione è vera per qualunque forma di trasporto, terrestre o marittimo; e non è poi tanto difficile, come parve al GROUSSIER in PERREAU et GROUSSIER, *Le contrat de travail*, p. 65, che cita il trasporto come esempio della difficoltà di separare nettamente le due forme principali di locazione, e della necessità di fare della locazione di lavoro un tipo a sè. E con noi anche il LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 185. Un caso che racchiude tutte le ipotesi è questo, di cui anche in LOTMAR, cit. p. 197: a) il proprietario di una carrozza con un cavallo mette l'una e l'altra a disposizione di Tizio (locazione di cosa); lo stesso proprietario si fa scorazzare da Tizio cocchiere (contratto di lavoro puro); lo stesso proprietario conduce Tizio (contratto di lavoro, se compensato, si intende, ma con elementi misti). E si può aggiungere anche il caso della vettura di piazza di cui il cocchiere è a servizio di una agenzia di trasporti (due contratti di lavoro).

dere dal trasporto), se questo godimento è l'elemento tipico, non vi ha più che locazione di cosa: così il contratto di esposizione è indubbiamente locazione di cosa ¹⁾: l'attività di custodia conseguente al deposito delle merci esposte è elemento accessorio rispetto al godimento dello *stand*, della vetrina, ecc., è il mezzo attuativo e assicurativo di questo godimento, e non può essere reso autonomo in un contratto a sè (preparatorio), come ha proposto lo Scialoja A. ²⁾. Su questo punto sono pienamente d'accordo col Fubini. Locazione di cosa è pure il contratto colla compagnia dei *Wagons-lits*, come a mio avviso ha egregiamente dimostrato il D'Amelio ³⁾: è un contratto che mira solo al godimento di speciali carrozze ferroviarie. Quello che è normalmente un elemento assorbito dall'attività di trasporto, cioè il godimento del veicolo che è mezzo di trasporto, qui viene considerato a sè, viene isolato in un rapporto autonomo; il che è reso possibile dalla contemporanea sussistenza di un contratto di trasporto (che deve essere provato da chi intende contrattare colla compagnia dei *Wagons-lits*) che ne è il logico presupposto. E infine vi ha locazione di cosa, e non già di lavoro (cioè contratto di trasporto) quando il proprietario noleggia il suo mezzo di trasporto a un terzo, perchè questi se ne serva. Con ciò non assume il trasporto: e si noti che ciò rimane vero anche quando il trasporto sia fatto con personale del noleggiante, anche se si pattuisce che questo continui a risponderne ⁴⁾.

201. Non ha importanza il caso di un lavoratore che si somministra gli strumenti di lavoro: nessuna locazione di cosa, qui, quanto a questi strumenti, postochè non sono che il mezzo (rientrante nell'orbita esclusiva del lavoratore) per la produzione di quel lavoro che l'altro contraente utilizza; utilizzato è il lavoro (del creditore di esso), non già l'istrumento. Ciò non toglie che nel salario sia compreso anche il compenso per l'uso e il deperimento degli strumenti; ma se ciò è vero economicamente, giuridicamente non ha affatto importanza ⁵⁾. In questa categoria, se non erro, rientra il caso dell'operaio che dà i propri servizi con un proprio carro e un proprio cavallo. Si dice: vi è locazione del carro e del cavallo; il che tuttavia non toglie che, essendovi locazione pure di lavoro, vi sia nell'industriale l'obbligo della assicurazione. Ma vi è proprio quella locazione di cosa? O non vi è unicità di rapporto, in cui il lavoratore contribuisce con propri strumenti di lavoro? Io credo di sì, quando mansione dell'operaio sia ap

¹⁾ FUBINI, in *Rivista dir. cir.*, 1909, 211 sg. Il concetto di una locazione d'opera è del BUGNÌ, *Le esposizioni nell'economia e nel diritto*, Milano, 1907, p. 178.

²⁾ In *Foro ital.*, 1908, 1, 1392.

³⁾ In *Rivista di diritto cir.*, 1910, p. 540 sg.

⁴⁾ In questo senso RIEZLER, cit., p. 51.

⁵⁾ Cfr. in proposito Cass. francese, 25 giugno 1902. *Dall.*, 1902. 1. 341.

punto il trasporto; che se mansione sua è tutt'altra, e l'industriale utilizza carro e cavallo a mezzo di terzi, allora sì che si avrebbero due contratti o meglio due rapporti: di locazione di cosa e di lavoro; per ambedue il prezzo è fuso nel salario. Ad ogni modo sta sempre l'obbligo dell'assicurazione ¹⁾.

Diverso sarebbe invece il caso in cui l'istrumento fosse una macchina di cui l'importanza superasse quella del lavoro. Ad es., il proprietario di una trebbiatrice trebbia il grano di un contadino. A tutta prima si è indotti qui pure ad applicare lo stesso criterio che per la vendita: se prevale la *faciendi necessitas*, contratto di lavoro; se l'uso della macchina, locazione di cosa. Ma l'applicazione può sembrare erronea, perchè l'uso della macchina (si può dire) non cade nell'orbita del creditore del lavoro, così come il trasferimento di proprietà della materia fornita dall'artefice è per la macchina quello che per l'umile strumento di lavoro: e l'uno e l'altra non sono che « mezzi » di cui si serve il debitore per il lavoro che ha promesso: mezzi che da sè nulla potrebbero, ma che in tanto funzionano in quanto siano guidate e dirette dalla mano dell'uomo e dalla sua vigile intelligenza. E così è infatti. Si ricordi che sopra abbiamo accennato alla possibilità di casi di locazione di cosa in cui non vi sia il possesso; abbiamo appunto accennato al contratto di monta. Ora a tutta prima sembra qui evidente una analogia tra questo e il contratto di chi trebbia il grano altrui colla propria macchina. Ma l'analogia non è neppure apparente. In tutti e due i casi abbiamo una « locazione », secondo il concetto nostro; ma nell'un caso la fonte delle utilità è esclusivamente nel toro o nello stallone, e l'attività dell'uomo è infinitamente accessoria. Invece nell'altro caso non si tratta già di un'azione spontanea della fonte di energie; ma di una produzione di energie che non è se non il risultato di un lavoro accurato, inteso, diligente dell'uomo.

Questo è il vero dominatore, il sovrano, accanto alla macchina, che è passiva e ubbidiente nelle sue mani; qui abbiamo primariamente il lavoro dell'uomo, per cui la macchina non è che strumento; l'uso della macchina è dunque subordinato, dipendente dal lavoro dell'uomo. Abbiamo insomma il contratto di lavoro. Il Lotmar è pure dell'avviso che vi sia contratto di lavoro perchè « è stato promesso solo del lavoro; lavoro di special natura, cioè l'impiego di certe macchine molto efficaci » ²⁾. Ma se questo lavoro di special natura è l'uso della macchina, non vi dovrebbe essere, allora, locazione di cose? La spiegazione non mi pare esauriente.

¹⁾ Cfr. LOTMAR, cit., p. 182.

²⁾ Op. e l. cit. Locazione di cosa vi sarebbe solo se fosse il cliente a usare direttamente la macchina. Se invece vi è nolo di una macchina coi relativi operai per farla funzionare vi è contratto di lavoro, LOTMAR, cit., p. 203.

Se gli strumenti di lavoro appartengono al creditore del lavoro (ciò che è la regola per il lavoro industriale negli opifici, e per certe macchine fine procurate ai lavoratori a domicilio) vi ha una consegna di essi al lavoratore, che, nell'ipotesi del lavoro a domicilio, ha fatto sorgere in alcuni l'idea di una locazione dell'istrumento al lavoratore; il nolo sarebbe detratto dalla mercede che gli è pagata. Qui la situazione è rovesciata: mentre si intende facilmente che la somministrazione di istrumenti per parte del lavoratore, rientrando nella complessa posizione di chi presta il lavoro, sia elemento (mezzo a fine) del contratto di lavoro, il dubbio pare sorgere legittimamente nel caso inverso, in cui non si può più considerare la prestazione dell'istrumento come laterale alla prestazione del lavoro, di questo anzi un elemento: tanto più che, a mio avviso, il lavoro a domicilio è locazione d'opera, cioè di lavoro autonomo, almeno nella grandissima maggioranza dei casi.

Ora, il lavoratore autonomo è signore della propria attività, che ha luogo a suo rischio e con propri criteri direttivi, egli è perciò il naturale fornitore a sè stesso degli strumenti di lavoro: diversamente non potrebbe assumere la responsabilità della prestazione mal riuscita per eventuali difetti degli strumenti. Non è così invece per il lavoratore subordinato: signore della azienda è qui il creditore del lavoro, suo il rischio, egli quindi si ammette che possa fornire gli strumenti di lavoro.

Con ciò non escludo la possibilità che il creditore dell'opera (nella locazione d'opera) possa somministrare certi strumenti di lavoro, in qualche ipotesi, come è appunto quella del lavoro a domicilio. Dico solo che questo elemento non rientra nella figura tipica e paradigmatica della locazione d'opera, tanto che viene a sovvertire le regole che disciplinano la responsabilità dell'artefice. Sarà dunque la sovrapposizione di un elemento completamente estraneo al contratto di lavoro, e avente una propria e autonoma configurazione giuridica, intrecciandosi tuttavia col contratto di lavoro che gli starebbe allato? Io non lo credo, non mi pare dunque che vi sia la locazione della macchina. In realtà è per il lavoro a domicilio (locazione d'opera) quello che per il lavoro nella fabbrica (per lo più locazione d'opere): la somministrazione dell'istrumento non è elemento autonomo, ma si incorpora col contratto di lavoro: qui l'istrumento è parte del capitale fornito dal creditore del lavoro; esso è sempre un mezzo a fine (produzione del lavoro). Come nella situazione del committente che somministra la materia prima dobbiamo scorgere non già un elemento autonomo (questo in passato fu anche ritenuto!) ma la normalissima posizione di un conduttore dell'opera (di un *locator operis*), così dobbiamo arrivare alla stessa conclusione per la somministrazione di istrumenti di lavoro: in ambo i casi vi è la eliminazione della re-

sponsabilità del lavoratore per i difetti provenienti dalla materia e dagli strumenti. È però vero che la somministrazione degli strumenti è un fatto che altera (a differenza della somministrazione della materia) la figura del rapporto, ma non è tale alterazione che rompa l'unità di quest'ultimo: vuol dire, ripeto, che l'autonomia del lavoratore, e con ciò la sua responsabilità, è più limitata.

202. Abbiamo visto sopra che anche il « custodire » è un'attività di lavoro che può rientrare perfettamente nel territorio del nostro contratto. Ora, quando si pensi che la custodia di qualche cosa implica spesso l'utilizzazione di uno spazio di cui il custodiente può disporre si capisce che possa sorgere in dubbio, in qualche caso, se prevale l'attività di custodire o il godimento di questo spazio; nel primo caso, quando ci sia compenso, vi sarebbe locazione di lavoro; e nel secondo locazione di cosa. Si noti che in qualche caso all'attività del custodire se ne aggiunge qualche altra, che è principale in modo evidente, come è il caso del trasporto che già abbiamo visto; e allora non può più sorgere dubbio che il godimento, anzi la messa a disposizione dello spazio e talora anche la custodia stessa, non è che il mezzo per l'attuazione dell'altra attività; quindi vi è contratto di lavoro. Il dubbio nasce solo quando non vi sia che il godimento di uno spazio e l'attività del custodire. Io ricorderò qui un caso che è ormai divenuto celebre, quello del contratto di abbonamento alle cassette forti di sicurezza: uno dei casi che sembrano inventati apposta per promuovere una piacevole ginnastica, che qualche volta è equilibrismo, di ragionamento giuridico.

Naturalmente qui presuppongo che il lettore sia perfettamente al corrente dello stato della dottrina sull'argomento. È noto che la dottrina oscilla tra due poli: la locazione e il deposito; ma talora si ferma tra i due poli, accogliendo un po' dell'uno e un po' dell'altro, colla teoria di un tipo a sè di contratto (contratto innominato) o con quella del concorso di più negozi. E coloro che si fermano al concetto del deposito stanno pel deposito puro e semplice, o pel deposito chiuso, o per quella singolarissima cosa che è la custodia in compossesso. Chi parteggia per la locazione allude alla locazione di cosa; ma non manca chi vi mette un pizzico di locazione d'opera. Come si vede ve n'è per tutti i gusti ¹⁾.

Ora, senza avere la pretesa di dar fondo alla trattazione della questione, mi limito qui a rilevare come a mio avviso il nocciolo della questione sta qui: prevale il godimento nello spazio interno nella cassetta, rispetto a cui allora l'attività della custodia non sarebbe

¹⁾ Io non faccio qui citazioni di dottrina, mi rimetto a quelle che il lettore può trovare ad es. nella monografia del dott. Ugo Rocco (*La natura giurid. del cosiddetto contratto di abbonamento alle cassette-forti, ecc.*) in *Circolo giuridico*, XLII (1911).

che un semplice mezzo a fine; oppure prevale la custodia, rispetto a cui il godimento dello spazio a disposizione del cliente non sarebbe che il mezzo attuativo? Per me non vi ha dubbio che l'elemento fondamentale sia dato dalla custodia. Infatti non è vero che l'abbonato si limiti a volere il godimento di un dato spazio: perchè allora non anche un altro spazio qualunque nell'interno della Banca? No, l'abbonato mira soprattutto alla sicurezza delle cose che deposita e questa sicurezza non è che il risultato della custodia esercitata dalla Banca: perciò vuole appunto questa custodia. Ora perchè questo sia attuato occorre che l'abbonato collochi le cose che egli intende assicurare in uno spazio determinato, sul quale possa vigilare la Banca¹⁾. Ma se vi è contratto di custodia, e di custodia remunerata (a titolo oneroso) non abbiamo più il tipo « contratto di deposito », come tipo autonomo, ma quel contratto di deposito in senso lato che rientra nel contratto di lavoro: la dimostrazione è stata fatta a suo luogo²⁾.

Questo è per me il fulcro del ragionamento. E tutte le obiezioni che a una siffatta conclusione furono fatte non tengono. Le obiezioni al concetto di un contratto di custodia si appuntano in sostanza all'erronea conclusione che se ne è dedotto: « un contratto la cui causa si esaurisce nella custodia di una cosa che cosa è altro se non un contratto di deposito »? ³⁾. E allora, si dice, dovrebbe essere un contratto reale, presupporre cioè la consegna delle cose depositate al depositante, ciò che assolutamente non si avvera per il caso nostro. Per ovviare a questa obiezione i fautori del contratto di custodia che non seppero staccarsi dal tipo contrattuale « contratto di deposito » dovettero ricorrere a veri acrobatismi di costruzione giuridica: si è detto, ad es., che il primo atto di uso della cassetta tien luogo della tradizione, o che la dichiarazione di valore richiesta da alcune Banche equivale alla consegna; si è fatto ricorso infine a un patto consensuale compreso in un contratto preliminare di deposito. Con quest'ul-

¹⁾ La concessione dello spazio interno della cassetta è mezzo a fine, non viceversa, come si ritiene dai fautori della teoria della locazione di cosa. Cfr. LA LUMIA, in *I depositi bancari* (1913), p. 283. Il LA LUMIA vede nella custodia non lo scopo principale e autonomo, ma un motivo anteriore (fuori del contratto?) che determina il godimento della cassetta, cioè la causa dell'obbligazione. In realtà, che la concessione dello spazio (il mezzo per attuar lo scopo) sia, in un certo senso, elemento più prossimo della custodia (lo scopo) non foglie che appunto questo scopo sia l'elemento fondamentale, posto quanto si è notato nel testo: che, cioè, la custodia della cassetta è pur sempre lo scopo animatore e costitutivo della prestazione fondamentale, che al rapporto dà la sua tipica fisionomia.

²⁾ Per la locazione d'opera cfr. ABELLO, *Locaz.*, I, p. 157. Cfr. BRUGI, *Istituz.*, pag. 160.

³⁾ Rocco, cit., p. 15 Estr.

L. BARASSI. — *Il contratto di lavoro, ecc.* — 2.^a ed. — 37.

timo concetto si è fatto un passo avanti rasentando d'avvicino la verità: non era più semplice, ad ogni modo, abbandonare il tipo autonomo « contratto di deposito », che ha regole imprescindibili (gratuità, realtà) che qui non si applicano, e inquadrare la « custodia » nel contratto di lavoro, più largo, più ampio ed elastico?

Ma, si dice, la Banca non riceve in consegna gli oggetti che l'abbonato intende assicurare; e allora che cosa custodisce? La custodia presuppone la detenzione delle cose da custodire. Verissimo. Ma siccome il deponente intende conservare il segreto circa le cose che deposita, la Banca si limita a portare l'opera sua di custodia alla cassetta, o meglio allo scompartimento che contiene la cassetta. È il concetto del « deposito chiuso » propugnato tra noi dal Bolaffio¹⁾ e accolto (ma forse intorbidato) dal Bonelli²⁾. Solo che io abbandonerei questa designazione, non perfettamente esatta, perchè la Banca ignora assolutamente se nella cassetta vi sia qualche cosa, o se sia vuota; quindi la sua attività di custodia può riferirsi a un involucro vuoto. E qui sta la peculiarità di questo caso di custodia: si custodisce l'involucro, prescindendo completamente dal suo contenuto. Il riempirlo o il vuotarlo, il disporre insomma dello spazio interno della cassetta rientra puramente nelle facoltà del deponente, è atto suo autonomo, unilaterale (almeno fino a un certo punto), che può mancare, e che non interessa affatto la Banca³⁾. Questa, insomma, si limita a promettere la custodia della cassetta, e basta; promette e garantisce la integrità esteriore della cassetta, così come le ferrovie che trasportano un baule non custodiscano il contenuto, ma solo il baule, cioè promettono l'integrità di quest'ultimo. È una prestazione di fare compensata; siamo quindi in territorio nostro.

203. Dove il caso di elementi promiscui appartenenti a due tipi o sottotipi differenti di contratto offre la maggior difficoltà è però quando le prestazioni spettanti a ognuno dei due contraenti appartengono nitidamente a diversi contratti, per modo da non essere ben chiaro a tutta prima quale sia la prestazione dominante. Ad es., nel nostro caso prestazione di lavoro contro godimento di un fondo determinato, o contro godimento di un locale o di un appartamento.

¹⁾ In *Rivista dir. comm.*, 1905, 1, 376 sg.

²⁾ In *La Legge*, 1908, 2213 sg.

³⁾ Questa disponibilità presuppone che il deponente possa accedere alla cassetta, ne abbia quella normale signoria sullo spazio interno di essa che è data dal possesso delle chiavi per aprirla. Indubbiamente questa detenzione delle chiavi costituisce quella signoria in cui si esplica il possesso. Ma ciò non significa che sia questo il possesso del conduttore di cosa: lo si consideri come tale, o come creditore di mera prestazione di custodia, è certo che in ogni caso al deponente spetta la facoltà di porsi in ogni momento in un contatto colla cassetta, per esercitare la sua facoltà di disposizione di essa limitatamente allo spazio suo interno.

Così si suol fare, ad es., in certe regioni della Vestfalia ¹⁾: lavoro contro godimento gratuito o più a buon mercato di un fondo; ivi, a quanto pare, prevale l'elemento lavoro, quindi il contratto è contratto di lavoro. Anche nelle nostre terre sono frequenti i casi di lavoratori della terra a cui è pagato un salario in denaro, e a cui inoltre si concede l'alloggio in locali determinati, o a cui si attribuisce il godimento di un dato appezzamento di terra ²⁾. Oppure è il caso del portinaio retribuito col godimento gratuito dell'alloggio, o con una diminuzione di pigione. Esposto così questo caso, è evidente il contratto di lavoro; ma il dubbio rinasce se discorriamo di concessione di alloggio contro prestazione di un corrispettivo sotto forma di lavoro (come portinaio) ³⁾.

Possiamo senz'altro eliminare certi criteri differenziali che la dottrina ha proposto. Così, a quanto pare, il Groussier si ispira a questo criterio distintivo: se l'utente del lavoro altrui ha una autorità, una certa direzione su chi dà il lavoro proprio vi è contratto di lavoro; se no locazione di cosa. Ma (posto che questo sia proprio il pensiero del Groussier) è evidente che la subordinazione è criterio distintivo tra la locazione di opere e di opera, non tra il contratto di lavoro e la locazione di cose. Quindi la difficoltà resta tal quale. Infatti niente esclude che si tratti di locazione d'opera, cioè di lavoro autonomo, con mercede in natura, non in danaro.

Invece è da ritenere che fin che è possibile trovare tra le due prestazioni contrapposte quella che riassume la ragione economica principale del rapporto si deve senz'altro vedervi la prestazione che dà al rapporto la sua fisionomia generale. La cosa è abbastanza facile quando uno dei contraenti debba anche una somma di denaro: ad es., è l'impiegato o il bracciante che ha il godimento del locale per abitazione e inoltre ha diritto a una somma periodica di denaro; in tal caso la prestazione prevalente è quella di fare, e siamo di fronte a un contratto di lavoro ⁴⁾. Talora, invece, si è creduto di isolare anche in questo caso il godimento della cosa, facendone il contenuto di un rapporto a sè, fino a un certo punto autonomo, di locazione di cosa. Così la cit. sentenza della Corte d'Appello di Firenze ritenne che la prestazione d'opera retribuita dal conduttore con un determinato salario e con un determinato alloggio dà luogo a un contratto di

¹⁾ Cfr. in *Verein fur Socialpolitik*, 58.º, p. 8.

²⁾ Le nostre Corti ebbero ad occuparsi di casi di questo genere. Cfr. ad es. App. Firenze, 13 marzo 1906, *Cass. di Firenze*, II, fasc. 5.

³⁾ Anche qui il GROUSSIER, op. cit., p. 66, trova che la soluzione non è tanto agevole.

⁴⁾ In questo senso, se non erro, è anche il CARNELUTTI, in *Rivista dir. comm.*, 1911, II, 160.

locazione e conduzione di cosa, accessorio al contratto di locazione d'opera. Si è opposto che veramente qui manca il prezzo ¹⁾; ma da un canto è assurdo discorrere di concessione gratuita del godimento, e dall'altro è certo che il prezzo (posta l'autonoma prevalenza del godimento) può consistere anche in un'utilità diversa dal denaro.

Il vero è che di regola quando vi sia compenso in denaro della prestazione d'opera il godimento dell'alloggio (o della terra) assume il carattere di elemento accessorio e integrante il denaro per costituire il compenso del lavoro ²⁾. Siccome per la natura della prestazione occorre la presenza continuata del lavoratore, può il creditore del lavoro ritenere opportuno di assicurarsi la migliore prestazione del lavoro somministrando egli stesso l'alloggio, e con ciò sottraendo il lavoratore alla preoccupazione di un alloggio in una vicinanza che permetta quella compinta e continua attività a cui si è impegnato. Se la spesa dell'alloggio è normalmente a carico del lavoratore, e vi è in parte destinata la mercede, mentre in questo caso è a carico dell'altro contraente, che diminuisce perciò l'ammontare della mercede: ciò appunto significa che l'esatto equivalente del lavoro non consiste solo nella mercede in denaro, ma anche nell'utilità dell'alloggio: sono due elementi che si fondono a costituire il prezzo del lavoro. Il Lessona ³⁾ non trova giustificata questa conclusione: il godimento dello stambugio assegnato alla domestica della piccola famiglia borghese ha sì per scopo l'utilità del creditore del lavoro, mentre il godimento della palazzina assegnata al maggiordomo ha per scopo l'utilità di quest'ultimo, e solo indirettamente del padrone. Ma mi pare che il Lessona qui si sia lasciato fuorviare dal diverso grado di godimento nei due casi, e dal diverso riguardo avuto per le due categorie di lavoratori, a seconda dell'elevatezza delle loro mansioni. Questo è un elemento affatto irrilevante e che non sopprime nei due casi l'identità di relazione tra il godimento dell'alloggio e la prestazione di lavoro ⁴⁾.

Abbiam detto « di regola »: perchè non è impossibile che le parti abbiano inteso veramente separare la concessione dell'alloggio dal resto del rapporto, calcolando da un lato l'intera mercede in denaro dovuta al lavoratore, e dall'altro l'ammontare della pigione dovuta da esso, con facoltà di compensazione tra il debito e il credito. Si dirà che allora il risultato è identico a quello dell'ipotesi precedente, e che noi facciamo dipendere la configurazione del rapporto da un

¹⁾ Perciò BAUDRY, LACANTINERIE e WAHL, *Contr. di locazione*, I, n. 844, propongono il quesito se vi sia o no comodato, naturalmente escludendo quest'ultimo.

²⁾ In questo senso BAUDRY e LACANTINERIE, cit.

³⁾ Nella cit. *Cass. di Firenze*, I, fasc. V, Estr. p. 7.

⁴⁾ In questo senso App. Venezia, 9 maggio 1904, *Foro it.*, 1904, I, 1197.

vario modo di contabilità. Ma ciò non è vero che in apparenza. In realtà questo vario sistema di contabilità tra le parti tradisce la volontà delle parti di considerare autonomi i due rapporti, il che è possibile, posto che nella configurazione del rapporto limitatamente alla fusione o alla separazione la volontà delle parti non può non avere influenza. Nel dubbio, ad ogni modo, io starei per la fusione, cioè per l'unicità del « contratto di lavoro », perchè è sempre vero in sostanza che la concessione del godimento rappresenta una utilità che accanto al denaro promesso e dato effettivamente costituisce l'esatto equivalente della prestazione di lavoro.

Più imbarazzante è certo la situazione se manca il parziale credito pecuniario del lavoratore atto a colorare, per così dire, il laterale godimento dell'immobile, imprimendogli la propria natura di compenso del lavoro. Il Carnelutti ¹⁾ pare che rinunci, qui, a una soluzione; si limita a osservare che si tratta di contratti cangianti che mutano colore secondo il lato da cui si guardano. Per parte mia non credo questa una soluzione che soddisfi il giudice alle prese con una fat-tispecie. E non credo neppur tanto difficile sceverare in pratica i casi in cui la prestazione di lavoro è il fulcro del rapporto da quelli in cui lo è la concessione del godimento. Molta luce può gettare in proposito l'esame delle circostanze in cui la stipulazione ebbe luogo. Se a un aspirante inquilino il proprietario propone delle prestazioni di lavoro come scrivano, come segretario, come facchino, ecc. invece di una pigione in danaro vi è indubbiamente locazione di cosa, e non contratto di lavoro.

Se invece si tratta di un bracciante per lavori agricoli a cui si concede il godimento di un pezzo di terra si sarebbe a tutta prima tentati di dire che siamo in pieno contratto di lavoro. Se non che si afferma qui il medesimo dubbio che ci ha condotto a studiare se il contratto tra il proprietario di un ristorante e un cameriere pagato colle mance sia contratto di lavoro. Anche il Lotmar fonde i due casi nella medesima trattazione ²⁾; anche qui il bracciante sarebbe pagato del suo lavoro con una occasione di guadagno. Però i due casi sono in realtà molto differenti; perchè la mancia non è affatto un onere a carico del proprietario del ristorante, mentre lo è indubbiamente la concessione della terra, includente l'astensione del proprietario dal suo godimento. Qui sì che possiamo risalire a un'occasione di guadagno che è vera mercede perchè è a carico del proprietario, dal cui patrimonio esce l'onere.

¹⁾ Op. e l. cit.

²⁾ Il LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, pag. 709, ritiene, con formula sintetica, che il godimento della terra per denaro sia locazione di cosa, contro prestazione di lavoro sia contratto di lavoro.

204. La prestazione di lavoro e il godimento di una cosa (i due indici fisionomici dei due rapporti in questione) possono anche concorrere stretti da una correlazione reciproca: il lavoro può essere necessario per apprestare il godimento. E qui ci si presentano tre diverse situazioni, che noi studieremo separatamente.

Nella prima è il concedente (non l'utente) che allestisce, col proprio lavoro, quello che poi a lavoro compiuto sarà goduto dall'altro contraente. In proposito l'utente ha il godimento perpetuo di questo risultato di lavoro. E questo nel nostro sistema legislativo (per ragioni che non è questo il luogo di svolgere) è possibile solo col passaggio nell'utente della proprietà del risultato, del diritto più assoluto di disporne, oltre che di goderne. E si ha la forma più comune di locazione d'opera, che qui non ci interessa, perchè in proposito non può sorgere verun dubbio. Oppure l'utente deve averne un godimento limitato nel tempo per modo che, trascorso questo tempo, gli incombe l'obbligo di restituzione del risultato, dell'*opus*. Questo caso invece può dar luogo al dubbio sulla natura del rapporto giuridico. Qui infatti è perfettamente concepibile che il promittente, elaboratore della cosa, possa conservarne, nel frattempo, la proprietà. Di questo caso si è occupata la Corte di Milano ¹⁾: Tizio commette la costruzione di una casa a Sempronio, colla clausola che Tizio si obbligava a restituire la casa al costruttore, dopo averne goduto per un certo tempo. Che figura giuridica si ha? A tutta prima il dubbio sembra fondatamente grave.

In pratica quando un imprenditore si assume di costruire una casa per altri le ipotesi possono essere varie. In una prima, che è la più comune e la più semplice, si obbliga a costruire una casa perchè il committente ne acquisti la proprietà. Qui non vi è che una sola fase, determinata dall'allestimento dell'opera: e indubbiamente avremo contratto di lavoro o vendita secondo che prevarrà il fare o il dare. In una seconda ipotesi la costruzione si fa perchè il committente ne possa poi avere il godimento pagando il prezzo di questo godimento (fitto): è l'ipotesi cui si riferisce la sentenza succitata. Da un lato vi è la commissione di un dato lavoro, col vantaggio primario del committente, poichè l'opera costruita doveva essere goduta da quest'ultimo. Fin qui vi ponno essere tutti gli elementi di una locazione d'opera. Ma d'altro canto la destinazione in vantaggio del committente è limitata nel tempo, dovendo l'opera tornare a chi la costrusse. Sembra quindi prevalere il concetto di lavoro esercitato dal costruttore per conto proprio, sia pure colla clausola che la cosa dovesse essere ceduta in godimento a Tizio, che si qualifica per committente o appal-

¹⁾ 12 giugno 1889, *Legge*, 1890, II, 453.

tante. E allora vi sarebbe una locazione di cosa, in cui il conduttore e il locatore si vincolano circa una cosa futura, e che il locatore è tenuto ad apprestare. In questo caso la *faciendi necessitas* cui è tenuto il locatore rientra nell'obbligo suo di procurare all'altra parte una cosa su cui questa possa esercitare *uti frui*. È noto che siffatte locazioni di cosa futura sono ammesse; sarebbe un esempio di contratto a formazione successiva ¹⁾.

L'una e l'altra ipotesi sono possibili. La Corte di Milano, nella sentenza citata, ammise esservi nella fattispecie una locazione d'opera, non di cose. Ma sarebbe un errore il proclamare questa come massima assoluta, proponendo il quesito colla formula vaga e generica da noi testè usata ²⁾. Quando l'utente non ne abbia la proprietà temporanea (ammesso sempre, come io propendo a credere, che questa concessione di proprietà temporanea si possa accogliere) io propenderei per la locazione di cose, ritenendo la prima fase (costruzione) come puramente preparatoria a quello che è lo scopo, la meta vera di tutto il rapporto. Il futuro utente è certo interessato a che la costruzione si faccia, e si faccia a dovere, ma lo è solo come futuro creditore dell'uso dell'opera, non come committente di questo lavoro. Insomma l'imprenditore lavora per sè, non per altri: ad altri è destinato solo il godimento del risultato ³⁾.

205. Quando sia l'utente stesso di una cosa che ha a suo carico una prestazione di lavoro relativa alla cosa, la situazione muta radicalmente: questa prestazione non riguarda che lui solo, non ha affatto importanza nei rapporti tra chi dà e chi riceve la cosa. Vi è dunque locazione di cosa. Vi è infatti un diritto: non un obbligo ad attuarla: salvo che il concedente abbia un interesse proprio a che la prestazione avvenga, e l'uso che ne faccia il lavoratore ne sia il corrispettivo. Allora vi è contratto di lavoro. Un esempio del primo caso, di cui in Lotmar ⁴⁾, è la concessione ad un privato del forno in un mo-

¹⁾ SIMONCELLI, *Locazioni*, p. 118, n. 31.

²⁾ Le conseguenze variano sensibilmente secondo che si accetta l'una o l'altra ipotesi. Ve n'è una gravissima, di cui si occupa la sentenza citata. L'incendio sopravvenuto appena fatta la consegna dell'edificio esonera il committente dall'obbligo di pagare il prezzo pattuito? Se si ritiene che vi sia locazione d'opera la risposta è negativa: infatti, il rischio e pericolo passano al committente una volta che l'*opus* è *perfectum* e verificato e accettato. Se è locazione di cose, il rischio rimane sempre al costruttore: e allora la soluzione è affermativa.

³⁾ In questo senso sostanzialmente il RIEZLER, op. cit., p. 51, per l'ipotesi di costruzione di un circo per una data compagnia equestre. Anche se il costruttore non edifica su area propria, che sia fornita da un terzo (e tanto più se dalla stessa compagnia) non vi ha un contratto di lavoro, ma locazione di cosa, semprechè il contratto per la concessione del godimento sia stipulato tra il costruttore e l'utente: di avviso parzialmente diverso, per tal caso, il RIEZLER, op. e l. cit.

⁴⁾ Op. cit., I, p. 181.

mento in cui il fornaio non se ne serve. Quando però la prestazione di lavoro consiste in una trasformazione della cosa, resa così atta a servire a un determinato uso, siccome la cosa viene restituita così trasformata e questa trasformazione implica per lo più un aumento di valore è difficile che quella prestazione non penetri nei rapporti giuridici tra le parti.

Un caso praticamente importante, in cui la trasformazione e l'allestimento della cosa che l'utente godrà sono imposte contrattualmente all'utente, è certamente quello della concessione per parte di un Comune a un privato o a una Società della costruzione e dell'esercizio di una linea tramviaria sotto la sorveglianza del Comune, al quale la Società si obbliga di pagare un dato canone annuo, e di trasmettergli, scaduta la convenzione, la proprietà del materiale mobile, in perfetto stato di solidità e di esercibilità. La Cassazione di Roma ¹⁾ decise che vi è appalto inteso nel senso di locazione d'opera, non di locazione di cose come tenderebbe a credere una corrente prevalente della giurisprudenza. Scomposto quel contratto nei suoi elementi semplici, infatti, ne risulta che: la Società si incarica di costruire la linea e il materiale per il Comune. Il rapporto si rivela dunque a prima vista come una locazione d'opera, chè il Comune dovrebbe in ultima analisi disporre della linea, appena terminata; il corrispettivo qui sarebbe pattuito sotto forma di ricavo di una parte degli utili avuti dall'esercizio concesso direttamente alla Società. Scaduta la convenzione, cioè quando la Società ha incassato il suo corrispettivo, il Comune piglia possesso dell'*opus* (la linea tramviaria), tranne che preferisca l'esercizio a mezzo di concessione in appalto. Come si vede il fatto della riconsegna del materiale formato dalla Società al Comune sarebbe essenziale (nel primo caso), perchè abbia a ritenersi una locazione d'opera ²⁾.

È a notare che la soluzione contraria ispirata alla locazione di cosa, è stata pure accolta qua e là nella giurisprudenza. Io credo che la spinta iniziale a quella tendenza sia venuta dall'aspetto che *prima facie* assume la situazione in questo caso; aspetto comune ad altri casi a cui pure il dubbio si estende. Infatti vi troviamo che chi si assume una data attività relativa al godimento che esso ha di qualche cosa deve pagare all'altro contraente una somma quantitativamente determinata. Ora, se noi imperniamo la situazione nel godimento che al debitore della somma è concesso, è chiaro che il pagamento di questa somma ci si rivela come il corrispettivo, cioè come il « fitto ». E così accade anche nell'appalto di esazione del dazio, così anche

¹⁾ 26 gennaio 1894, *Giur. it.*, 1894, 204; 19 aprile 1891, *Foro it.*, 1891, 814.

²⁾ In senso contrario, App. Venezia, 7 marzo 1890, *Temi ven.*, 212.

nel caso del vetturino pagato *à la moyenne*, cioè che al proprietario della vettura (pubblica) deve una somma determinata (3 oppure 4 lire quotidiane secondo i casi): casi tutti in cui fu quindi ammessa una locazione di cosa, cioè il godimento di un diritto (di esazione, di trasportare passeggeri) contro corrispettivo ¹⁾. E che così possa essere in alcuni casi io non voglio escludere: quando, cioè, l'attività di lavoro abbia solo carattere di accessorietà, di mezzo al fine vero, cioè concessione di godimento.

Ma talora questa non è che il risultato di una analisi superficiale, che si ferma all'apparenza. In realtà per poco che si guardi più addentro si scorge come spesso l'elemento principale, che imprime al rapporto la sua fisionomia, sia dato invece dall'attività di lavoro. Così è per l'esazione dell'appalto: ciò che vuole soprattutto il Comune è la riscossione del tributo; così è nei rapporti tra proprietario e vetturino da cui il primo esige soprattutto l'attuazione di un servizio, a cui è connesso un incarico di riscossione. La consegna della somma non è dunque che il risultato dell'attività di lavoro, non il corrispettivo di un godimento. Il qual ultimo concetto sussiste, ma solo in quanto rende possibile al lavoratore il procacciamento a sè della mercede; all'attività sua è infatti affidata la possibilità di riscuotere le somme sulle quali si tratterà, se è possibile, la mercede, e perciò occorre gli sia dato di signoreggiare una data situazione che in confronto a terzi gli procuri questi incassi.

La situazione può però complicarsi, quando (tornando al primo caso da cui abbiám preso le mosse) ²⁾ non si tratti di un semplice incarico affidato da un Comune ad una società privata o ad un imprenditore di costruire una tramvia, e di apprestare tutto il ma-

¹⁾ Vedemmo già (sopra p. 190, nota 1) che vi è lo scambio proprio della locazione; e si è pur visto che la mercede aleatoria è a carico del proprietario. Perciò la via sarebbe libera per ammettere il contratto di lavoro, a differenza di quanto sostenne il Tribunale di Roma, 8 sett. 1902, *Temi romana*, 1902, 330, che escluse la società in partecipazione (e ciò è giusto: cfr. sopra, p. 190, nota 1), e la locazione d'opera, per ammettere la locazione di cosa, così come fu sostenuto per l'appalto del dazio consumo e delle imposte dirette: in questo senso pure App. Roma, 22 maggio 1909, *Foro it.*, 1909, I, 1034. Invece è chiaro che nei rapporti tra vetturino e proprietario l'elemento tipico è l'attività cui è costretto il vetturino; e perciò il proprietario dovrà assicurare il vetturino contro gli infortuni. Concorro perciò col PERSICO, in *Contratto lav.*, 1905, 84 seg., e col DE-MEDIO, in *Rivista universale di giurispr. e dottr.*, 1900, IV, 62.

²⁾ Una non recente sentenza della Cass. Roma, Sezione un., 26 febbraio 1890, *Mon. Trib.*, 1890, 293, ha opposto per questo caso, in favore di una locazione di cosa, che il Comune non ha se non l'obbligo di provvedere alla viabilità pubblica. Il Comune, leggiamo in quel giudicato, non garantisce a quel concessionario gli utili. Noi osserviamo in contrario che ciò è appunto indispensabile perchè si veri-

teriale mobile e rotabile occorrente. Può essere invece che il godimento che la società o l'imprenditore abbiano dalla tramvia costruita non abbia il semplice scopo di ammortizzare le spese fatte, e di percepire quella mercede che si sia pattuito come corrispettivo della costruzione eseguita. Quel godimento può essere prolungato, fino a costituire una vera e propria speculazione dell'appaltatore. In tal caso il Comune oltre all'incarico della costruzione, ha affidato anche quello dell'esercizio delle tramvie. Anche per questo caso si è potuto sostenere l'esistenza di una locazione di cose, poichè il Comune percepisce un annuo canone dalla società, canone che può essere determinato da una somma fissa, o può anche consistere in una percentuale sugli utili ⁴⁾ ricavati dalla società. Questo canone rappresenterebbe il fitto dovuto dalla società per il godimento della tramvia. Nella stessa situazione verrebbe a trovarsi qualunque altro assuntore di pubblici servizi; ad esempio della illuminazione elettrica. Una società cioè si incarica di trasformare una forza d'acqua fornita dal Comune in energia elettrica, di adattare questa energia ad uso illuminazione della città e di esercitarla, pagando un annuo canone al Comune.

Anche qui per risolvere la questione mi sembra opportuno risalire al solito criterio differenziale; quale è la prestazione principale? È quella del Comune che permette alla società appaltatrice il godimento di una utilità, oppure è quella della società che si obbliga verso il Comune a provvedere a un determinato servizio pubblico? Di primo acchito si risponde in quest'ultimo senso. E io credo non a torto. È evidente che non è tanto l'interesse privato della speculazione dell'appaltatore che viene in prima linea, quanto la necessità di soddisfare a un certo interesse pubblico. Il lucro che l'appaltatore possa eventualmente ritrarre viene in seconda linea, viene in riflesso, tant'è che può esserci o no: è eventuale, mentre eventuale è assurdo che sia il soddisfacimento della viabilità, trasporto, provvista di acqua potabile, illuminazione elettrica, allorquando esista un vero e proprio impegno assunto dalla società di fronte al Comune.

Da ciò si deduce intanto che vi è un risultato cui si deve assolutamente arrivare e cioè la necessità di provvedere efficacemente a un pubblico e determinato servizio. Ora questa è un'attività, un *facere*, vi è dunque una *faciendi necessitas* non accessoria, ma principale. È

fichi l'alea nell'appalto: nel caso che noi esaminiamo, l'alea consiste non solo nel prezzo dei materiali e della mano d'opera o in altre difficoltà, ma nell'incertezza stessa di poter percepire la retribuzione

⁴⁾ In quest'ultimo caso vi è già un forte ostacolo ad ammettere una locazione di cose: chè non vi ha una mercede certa, ma aleatoria, come nella colonia. E a suo tempo vedemmo essere questa una qualità non propria certo della locazione di cose.

L'opus quale si rivela nella locazione d'opera, è il risultato che il *conductor operis* garantisce al committente. Se fosse locazione di cose, dovrebbe essere garantito e certo il godimento per parte della società appaltatrice; il Comune dovrebbe garantire la percepibilità di un dato lucro, nello stesso modo come chi loca una cosa deve garantirne l'uso, e cioè la possibilità di ricavarne quelle utilità cui mira il conduttore (art. 1577) ¹⁾. E ancora potremmo continuare nel parallelo, e dimostrare a quali assurdi si arriverebbe se si dovesse applicare adeguatamente, e cioè fino alle estreme conseguenze, i principi della locazione di cose. Ci basti il rilevare come nella locazione di cose la garanzia e il rischio gravitano sul locatore, in quella di opera invece (finchè il rapporto dura) sul lavoratore; e così, se vi fosse nel caso nostro una locazione di cose, il Comune dovrebbe subire i rischi di un improvviso impedimento, o di una difficoltà nella continuazione della serie di atti con cui l'appaltatore provvede al pubblico servizio.

Bisogna poi anche notare che non è richiesto, per i fautori della locazione di cosa, che tutto ciò che serve al soddisfacimento del servizio pubblico (materiale mobile e fisso, macchine, ecc.) sia di proprietà del Comune. Può anche essere dell'appaltatore, poichè si arriva a ritenere che il Comune concede in affitto non cose proprie materiali, ma un bene immateriale, quale sarebbe il diritto di trasporto, di fornire illuminazione elettrica, ecc.: e in quest'ultimo caso si concepisce che il conduttore provveda il materiale e gli strumenti di lavoro, e magari anche la forza d'acqua, trattandosi di procacciare energia elettrica.

Che il Comune abbia il diritto di avocare a sè la gestione di un pubblico servizio, indipendentemente dalla necessità o no di fare, per la sua attuazione, opere nel suolo pubblico, come è per la costruzione di una tramvia o per l'illuminazione pubblica, oggimai è certo: ma non perciò siamo di fronte alla pura concessione del godimento di un diritto. Il Comune può gerire il servizio in economia (direttamente), o appaltarlo (gestione indiretta): in quest'ultimo caso se il godimento del diritto di gestione in realtà si traduce in una *faciendi necessitas* per parte dell'appaltatore, abbiamo l'elemento di una locazione d'opera. Naturalmente prescindiamo qui dalla natura di diritto pubblico o privato di questo rapporto: s'è visto sopra che in qualunque caso abbiamo un « contratto di lavoro ».

¹⁾ La Corte di Milano, 21 dicembre 1883, *Mon. Trib.*, 1884, 249, ebbe appunto a giudicare in un caso in cui erroneamente ritenne esservi la locazione di un diritto, che oggetto di siffatta locazione, trattandosi di un esercizio industriale, è il profitto che se ne ricava. Dimodochè spettava al locatore il garantire quel profitto contro i casi fortuiti (non previsti). Naturalmente colla nostra tesi la soluzione è opposta.

Ma giunti a questo punto dobbiamo confessare di aver assodato se non il lato negativo della tesi per cui si tratti di un « contratto di lavoro »: e cioè non vi è locazione di cosa, perchè vi è una prevalente attività di lavoro obbligatorio. Ma vi è dunque contratto di lavoro? Il dubbio nasce, e molto ragionevole, dal fatto che qui sembra non esservi un onere di mercede a carico del Comune: si ricade nell'ipotesi già sopra studiata, a cui appartiene il contratto tipico del cameriere pagato colle mancie. Infatti che il Comune abbia diritto alla gestione del servizio pubblico non significa che abbia già prima della costruzione della linea tramviaria, ad es., un diritto al prezzo dei singoli trasporti dovuti dai passeggeri: non vi è dunque una diminuzione patrimoniale.

Quel che importa è che non vi è locazione di cosa, ma un contratto in molte parti disciplinato come il contratto di lavoro.

Dato che, ad esempio, siano necessarie delle opere sul suolo stradale, locazione di cosa vi sarebbe solo quando venisse meno una *faciendi necessitas*, o vi fosse un'attività esercitata da un imprenditore, ma per conto proprio, senza alcuna commissione dal Comune. Allora non rimane nei rapporti del Comune che il diritto di usare del suolo stradale. Sarebbe il caso di una convenzione tra Comune e l'imprenditore, avente per iscopo la pura e semplice concessione del suolo stradale dietro pagamento di un canone per l'eventualità che l'imprenditore intendesse iniziare l'impresa cui quella concessione è subordinata: qui siamo ben lontani dalla gestione di un servizio pubblico.

La questione che noi abbiamo fatto non presuppone necessariamente rapporti tra il Comune (o lo Stato, o la Provincia) e un privato. Può esservi una analoga situazione tra privati. E allora il criterio per risolvere il dubbio sarà sempre lo stesso: qual'è la prestazione principale? È un determinato godimento o una determinata attività?

Tra privati la cosa però potrà essere più dubbia; poichè ne' rapporti col Comune vi è un interesse pubblico che addita con facilità l'ubicazione della prestazione principale. Ad esempio, il contratto mediante il quale un'amministrazione ferroviaria affida a una ditta per un determinato tempo e verso il pagamento di un dato canone annuo (da pagarsi all'amministrazione) il trasporto delle merci dalla stazione al domicilio da destinarsi fu reputato locazione di cose solo perchè fu concesso a quella ditta il diritto di percepire dai destinatari la competenza che ad essa spettava in base alla tariffa in corso. Si sostenne che la cosa fosse l'esercizio professionale del trasporto, o meglio il profitto che se ne ricava ¹⁾. Applicando il concetto dell'art. 1569 si avrebbe qui che l'amministrazione farebbe godere la

¹⁾ App. Milano, 12 dicembre 1883, cit. In questo senso SIMONCELLI, *Locaz.*, p. 94.

ditta del profitto ricavato dall'esercizio industriale del trasporto. A noi par vero invece che vi sia una locazione d'opera. L'interesse primario infatti, in quel contratto, è quello che ha l'amministrazione delle ferrovie a che sia esatta la mercede relativa al trasporto delle merci. Essa ha stipulato un contratto di trasporto con un destinatario, ma di trasporto al suo domicilio; e per questo si giova dell'opera di terzi. Vi è un elemento apparentemente accessorio, eterogeneo: e cioè oltre alla prestazione principale (trasporto) la ditta è tenuta a pagare un canone annuo. Ma è un elemento che non turba il concetto sostanziale della locazione d'opera.

206. Vi è infine una terza ipotesi: preparazione o allestimento di una cosa perchè altri ne usi, ma con godimento contemporaneo all'allestimento successivo. E il godimento è reso possibile dal contemporaneo allestimento; mancando questo manca quello. Il caso più tipico, come ognuno capisce, è qui dato dalla somministrazione di corrente elettrica o di gas; la somministrazione di acqua per produzione di energia idraulica sfugge al nostro esame, non essendovi qui una preparazione che metta in dubbio se vi sia un contratto di lavoro; qui vi è un prevalente « dare »; invece negli altri due casi pare a me che vi sia un prevalente « fare ». Come si vede, qui non sussistono due fasi successive: i due fenomeni (produzione e godimento del prodotto) coincidono e si fondono; quindi è anche più agevole la soluzione nel senso che qui sussista un solo contratto. Il dubbio è in proposito se prevalga la elaborazione del prodotto o (come nell'ipotesi precedente) il godimento del risultato. Nel primo caso vi sarebbe contratto di lavoro; nel secondo locazione di cosa.

Per i fautori della « locazione di cosa » col contratto in questione l'una parte dispone di una quantità d'energia elettrica che si concentra nel filo conduttore: l'altra parte ha il godimento di questo filo, ne ha l'*uti frui*. Vi sarebbero dunque i connotati della locazione di cose, intesa come contratto per cui l'una parte si obbliga a far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo, e dietro corresponsione di un prezzo pattuito (art. 1569 c. c.).

Quest'ordine di idee riporta, se non erro, la questione al suo stadio primitivo in cui — come nell'infanzia del diritto — l'analisi del fenomeno giuridico si limita alla superficie delle cose, afferra solo ciò che è sensibile. Ciò che è caduto per prima cosa sott'occhio è stato un filo conduttore; l'osservazione si è arrestata qui e, come è naturale, si è corso subito alla teoria che raffigura nella situazione tra chi dà e chi riceve l'energia elettrica una locazione di cose. Così, ad es., l'avv. Armissoglio ¹⁾ prende le mosse da considerazioni tecniche proprie

¹⁾ *Quale sia la figura giuridica del contratto di distribuzione della energia elettrica*, nella *Legge*, XXXIX, II, 11.

dell'illustre Ferraris, e conchiude che per determinare la natura giuridica del nostro contratto si deve aver riguardo al punto del circuito in cui vengono fissati gli apparecchi per mezzo dei quali si ottiene la luce, o la forza motrice dell'energia elettrica. L'Armissoglio ha cercato di giustificare la sua concezione materialistica con ciò che « la scienza del giure non deve fondarsi sopra mere ipotesi, ma sui fatti; ora il fenomeno elettrico si manifesta appunto in una certa condizione di fatti apprezzabili e cioè il circuito e l'applicazione di determinati apparecchi al medesimo; questi sono i fatti su cui dobbiamo fermarci, a questi dobbiamo applicare i concetti giuridici ». Che la scienza del diritto, come quella che regola rapporti sociali, umani, abbia per campo suo d'azione determinate condizioni di fatto, sta benissimo; queste condizioni o situazioni possono essere eventuali, future, ma ciò non pertanto si presentano con caratteri noti e determinati, e perciò non isfuggono alla tutela dell'ordine giuridico. Però con ciò non è detto che l'indagine dei fenomeni giuridici, in quanto sia diretta a scoprirne la struttura e rivelarne il rapporto col sistema tutto quanto del diritto, debba essere superficiale e fermarsi all'apparenza.

Questa illazione mi pare un po' soverchia. E così, senza troppe scorribande sull'argomento della natura propria alla energia elettrica, che io credo per il giurista assolutamente superflue, si può e si deve penetrare più addentro nel cogliere gli elementi essenziali che caratterizzano la fisionomia giuridica del complesso rapporto che intercede tra il somministratore di energia elettrica e il suo cliente.

Dovremmo vedere ora che accade nella somministrazione di corrente elettrica. Ma, sottintendendo qui nozioni famigliari a tutti, mi limito ad aggiungere come l'indagine giuridica si sia rivolta specialmente al concetto di « cosa » proprio della corrente, o dell'energia. Ripeto che è punto necessario, per noi giuristi, approfondire la reale natura della corrente, della energia elettrica e via dicendo. Comunque si pensi: o che corrente ed energia siano sinonimi, in quanto quella non sarebbe se non energia, un fascio di energie in moto (a questa nozione si riesce colla teoria nuovissima per cui la materia non è che energia), oppure che l'energia è cosa diversa dalla corrente il godimento dell'energia non implicando il consumo di quest'ultima¹), comunque si pensi in proposito, ripeto, la soluzione giuridica non muta dal nostro punto di vista. Certo è che colla prima teoria l'energia, cioè la corrente, sarebbe « cosa »; colla seconda non sarebbe cosa che la corrente, non l'energia. In ambo i casi che la corrente sia cosa è certo, e per ammetterlo non è proprio necessario che ci si abbia a soffermare sul-

¹) Così il CARNELUTTI, in *Rivista dir. comm.*, 1913, I, 360.

L'analisi concettuale della corrente, che non è mio compito approfondire. Contro il concetto di corrente come cosa, infatti, si sostiene che la corrente elettrica, cioè l'energia in moto, non si sa ancora che cosa sia. Ammettiamolo pure; ma nessuno disconoscerà che sia qualcosa che esiste, che questa forza ignota, meravigliosa, soddisfa a tante necessità private e pubbliche, che è un bene (economicamente) di valore inestimabile; non si negherà che senza sapere esattamente tutto quello che si riferisce alla natura della corrente elettrica, pure se ne conoscano certe determinate qualità di struttura e di funzioni, qualità che la rendono perfettamente atta a soddisfare determinati bisogni; è poi una cosa di cui si può avere la disponibilità, chechè ne pensi l'Armissoglio; e vi è disponibilità perchè l'uomo ha il modo di utilizzare la corrente, producendola, imprigionandola in un circuito, dirigendola, applicandola; l'uomo domina anche questa volta la natura, non importa se proprio vi sia ancora dell'ignoto. È cosa, cioè, suscettibile di rapporti giuridici in quanto è anche suscettibile di gestione economica, cioè ha un valore di costo (permutabilità). E così è per il gas prodotto dall'uomo; non per l'aria o i gas liberamente vaganti nello spazio ¹⁾.

La corrente è dunque una cosa prodotta dal debitore della somministrazione, e che il cliente utilizza applicandovi una resistenza; la corrente, dopo l'uso, ritorna al concedente, così come l'utente di una caduta d'acqua deve restituire l'acqua stessa ²⁾.

¹⁾ Colla prima teoria l'energia elettrica ha dunque un'esistenza propria, una configurazione autonoma, non è uno stato, una qualità, un risultato di altra cosa che la produca. E vien meno perciò l'obiezione desumibile dal fatto che cosa non è ciò che non è inseparabile da un'altra (cfr. le mie *Istituzioni di dir. civ.*, p. 118). Colla seconda teoria, invece, l'energia non sarebbe che una qualità, uno stato, un *quid* inseparabile dalla corrente: quindi non sarebbe cosa. La dimostrazione in contrario tentata dal CARNELUTTI non mi ha persuaso. Infatti non mi sembra calzante l'esempio dell'accumulatore con cui il CARNELUTTI, *Riv. dir. comm.*, 1913, I, 373, vorrebbe dimostrare la separabilità dell'energia elettrica dal corpo che la sviluppa, e la sua conservabilità. Infatti a me pare che l'accumulatore non sia se non impropriamente un accumulatore di energia (lo stesso CARNELUTTI accenna a una conservazione solo di energia chimica). In realtà l'energia elettrica ivi introdotta serve solo a produrre una reazione chimica reversibile, in modo che riproducendosi il processo esattamente in senso inverso si produce « in modo autonomo » (ciò è importante) energia elettrica, che non è più quella di prima, ma è energia nuova; la vecchia si è consumata. Se, infatti la disintegrazione, che qui è creata artificialmente, fosse prodotta naturalmente, cessando, pure naturalmente, questa disintegrazione la produzione di energia sarebbe un risultato spontaneo. Ad ogni modo questa dimostrazione era superflua al CARNELUTTI, perchè mi pare si possa senz'altro concepire la corrente come energia. E ciò, si badi, senza la pretesa di ritenere dimostrato senz'altro ciò che ora tende a prevalere: cioè che la materia non è se non energia.

²⁾ Altra volta, in un mio studio su questo argomento, avevo realmente comin-

Ma ciò ammesso, dobbiamo riconoscere che, sempre secondo il criterio generale già sopra applicato, la determinazione della natura del rapporto dipende dalla natura della prestazione fondamentale. Ora, nessuno negherà l'importanza grande assunta nella somministrazione della corrente dall'opera elaboratrice dell'uomo; il Carnelutti giustamente ricorda come l'elettricità esista, sì, in natura, ma che, come tale, non sia utilizzabile dall'uomo « e solo per effetto del lavoro umano viene ridotta in una forma tale da consentire la utilizzazione » ¹⁾. Ma, mentre il Carnelutti ammette la vendita, per la ragione già a suo luogo ricordata e confutata, che il produttore per molti fa per sè, e poi vende ad altri -), io credo che sussista locazione d'opera, cioè contratto di lavoro ³⁾. Infatti se si ammette colla prima teoria che la corrente non sia che energia, abbiamo proprio la somministrazione di energia, con prevalenza di un'attività di chi fa la somministrazione, e quindi si ricade nell'ipotesi già a suo luogo esaminata ⁴⁾. Se invece si distingue energia da corrente, abbiamo un nuovo elemento a tutta prima inordinabile. Infatti in tale ipotesi, siccome la corrente non è consumata, ma è soltanto consumata l'energia, nasce il concetto di un godimento della corrente, che conduce diritto diritto a una locazione di cosa. Ma anche qui non dobbiamo considerare la situazione dal punto di vista esclusivo del concessionario, dell'utente. Vi è infatti chi gode la prestazione, la *res*: ma questa prestazione come ha luogo? Vi è chi somministra la corrente elettrica; ma questa come viene somministrata? È evidente che qui sta la soluzione della questione, se è vero che il tipo del contratto sinallagmatico si rileva dalla natura della prestazione principale, fondamentale, rispetto alla quale l'altra

ciato col premettere che fosse cosa l'elettricità, con cui intendevo alludere alla corrente elettrica. E avevo concluso col prescindere dalla corrente, ritenendo che l'oggetto del lavoro del somministratore fosse un risultato immateriale. Al CARNELUTTI, che mi rimprovera questo salto logico (cit. p. 356-357), rispondo subito che dato il mio concetto d'allora la premessa della corrente come cosa non era affatto indispensabile. Oggi invece, *re melius perpensa*, ritengo che l'opera del somministratore mira a raggiungere un risultato materiale (la produzione della corrente), non consiste in un puro servizio, come è quello del trasporto. Vi è dunque anche un « dare », non un puro « fare »: si dà in godimento la corrente. Il somministratore dunque non mi dà l'illuminazione, ma la corrente. L'illuminazione è, per lo più, affare dell'utente, che innesta una resistenza, utilizzando la corrente nella sua energia.

¹⁾ In *Rivista di dir. comm.*, cit., p. 365.

²⁾ Cfr. sopra, p. 505 sg. È chiaro che, escluso questo argomento, e ammessa la prevalenza (specificazione!) dell'attività umana, a nulla serve che l'energia sia o no ritenuta come cosa. Ecco perchè non ho insistito su questo punto.

³⁾ Su ciò mantengo fermo il mio vecchio concetto, che sostanzialmente fu accolto dal BONFANTE, in *Foro it.*, 1901, I, 901. Cfr. in *Rivista dir. comm.*, 1904, II, 497.

⁴⁾ Cfr. sopra, p. 528 sg.

non è che corrispettivo. Ed è appunto questa indagine che vedo trascurata da chi senz'altro ammette una locazione di cosa. Nel caso nostro il concedente deve allestire, coll'opera propria, la cosa che l'utente godrà; non vi è puramente quella concessione dell'utilizzazione di energie già preesistenti, in cui abbiám visto consistere la locazione di cosa. Certo egli loca la corrente ¹⁾, cioè ne concede l'uso; ma loca il prodotto del proprio lavoro, che egli si è contrattualmente assunto di porre in essere ²⁾.

È insomma, qui, come per il contratto di trasporto di persone, o per quello tra impresario di pubblici spettacoli e spettatore; vi è una prestazione di lavoro contemporanea al godimento che di esso, cioè del suo risultato, fa lo spettatore. L'unica differenza sta in ciò; che l'attività per porre in essere uno spettacolo non conduce sempre alla produzione di una cosa materiale, ma per lo più si limita ad essere solo un servizio, il quale non è, per lo più, che la risultante di una serie di servizi. Invece nel caso nostro vi è la produzione di una cosa (corrente), che in tanto è goduta in quanto esiste, e in tanto esiste in quanto è continuamente prodotta; qui si affaccia dunque un elemento (godimento di una cosa) che troviamo anche nella locazione di cose; e ciò a differenza che nel caso dello spettacolo, in cui quindi il dubbio circa la natura di contratto di lavoro non può neppur sorgere. Ma in realtà, l'esservi o no una cosa, oggetto dell'uso, non è per sé tanto importante, quanto lo è invece che nella stessa situazione contrattuale vi sia un godimento del risultato (qualunque esso sia) del lavoro. Infatti la produzione di un *opus*, che sarà goduto dall'utente, vi è sempre nella locazione d'opera (di opera materiale); solo che in questa l'uso del risultato di lavoro cade fuori del con-

¹⁾ Che il somministratore della corrente elettrica loca quest'ultima (cioè ne conceda il godimento) non è forse espressione usuale nella redazione per iscritto (o nei moduli preordinati) di questi contratti. Cfr. tuttavia *Foro it.*, 1912, I, 130. Dato il nostro concetto della « locazione » (vedi sopra) sarebbe un'espressione compatibilissima anche colla teoria, qui accolta, del contratto di lavoro. Più frequente è che si discorre di vendita dell'energia; espressione inesatta, ma che è molto chiara.

²⁾ Questo è dunque l'oggetto del rapporto. E così è calzante il dilemma che pone il CARNELUTTI, op. cit., p. 369, per il quale non vi sono che due vie per spiegare il fenomeno in questione: a) o riconoscere come oggetto del rapporto l'energia (considerandola però allora come cosa); b) o riconoscere come oggetto del rapporto la cosa che sviluppa l'energia e per il solo godimento di questa. E quest'ultima è la vera soluzione. Ma in tal caso, oppone il CARNELUTTI, bisogna allargare il concetto di possesso e proprietà, perchè l'energia elettrica è fuori da ogni potere dall'utente. Verissimo, ma possiamo anche lasciare intatto il vetusto concetto del possesso, visto che questo non occorre per la « locazione della cosa ». È proprio il disconoscimento di questo asserto che costituisce il punto di partenza, a mio avviso erroneo, della monografia dell'acuto collega.

tratto mentre nel caso nostro l'uso, essendo contemporaneo alla produzione, ricade interamente nell'orbita della situazione contrattuale.

Ora, questa infiltrazione nella situazione creata dal contratto di un godere, oltre che di un fare, è così ripugnante alla natura tipica del contratto di lavoro? A me non pare. Il contratto di lavoro mira appunto a un fare per utilità altrui, perchè sia possibile un godimento altrui; in fondo non vi è una sostanzialissima alterazione del tipo, se il godimento del risultato di lavoro viene assunto nell'orbita del contratto. L'elemento tipico rimane pur sempre la necessità di fare, in quanto sia il mezzo indispensabile per l'attuazione del godimento¹⁾. Si dirà: ma nel caso normale della locazione d'opera in cui la produzione precede il godimento questo è lo scopo, e quella è il mezzo; però è uno scopo che rimane fuori del contratto, quindi non influisce sulla fisionomia del rapporto, mentre nel caso nostro, come s'è visto, vi rientra; ora, l'elemento finale di un contratto vi imprime la propria fisionomia.

Ma quest'obiezione non calza: non è lo scopo, ma il mezzo che imprime al rapporto, in via generale, la sua particolare natura. Siccome, appunto, il rapporto giuridico (non lo « status » della persona, che è cosa molto diversa) non è scopo a sè stesso, ma mezzo (coattivo) per un determinato scopo, perciò è chiaro che varia secondo la natura del mezzo. Posto come scopo il godimento di qualche cosa vi si può arrivare o concedendone senz'altro l'uso (se già esiste), o producendolo, per, poi o contemporaneamente, concederne l'uso: i due mezzi differiscono profondamente, ed è giusto che anche il rapporto giuridico ne risenta atteggiandosi variamente. Insomma l'elemento « godimento di una cosa » (che è lo scopo) non basta per sè solo, nè è l'elemento fondamentale.

Nel caso nostro dunque questo godimento si riferisce a una unità più o meno complessa, che non è se non il risultato di una continuata produzione di energie di lavoro, costituente anche il fattore principalissimo e indispensabile perchè il risultato, e quindi il godimento contemporaneo, siano possibili. L'affinità colla locazione di cose è solo apparente: in realtà si ha un *uti frui* che ha per oggetto un bene che ha esistenza propria (la corrente è cosa, come s'è visto), ma che è in immediata direttissima connessione di effetto a causa colla contemporanea attività di lavoro del concedente, senza della quale

¹⁾ Il somministratore o produttore di corrente elettrica « deve » produrla; è un'attività per altri. Come nota bene il KRAINZ, *D. System des allg. Privatrechts*, II, p. 262, nota 12, esso lavora come un debitore di lavoro (per altri), non già come un venditore per sè. Salvo sempre l'obiezione, che a suo luogo (p. 505 sg.) abbiamo confutato, della somministrazione a una molteplicità di committenti, cioè per un pubblico. Cfr. KOHLER, *Encyclopädie*, I, p. 685 sg.

cesserebbe di esistere. Il risultato qui si compenetra con questa attività di lavoro, per modo che uno stacco non è possibile: ed allora abbiamo veramente il godimento delle energie di lavoro, concentrate nella « cosa » che esse hanno prodotto. Supponiamo che si tratti di una ferrovia da montagna mossa dall'elettricità prodotta da un'officina situata a distanza. Anche qui vi ha chi gode una corrente elettrica procacciata da altri; vi ha anche qui un apparecchio il quale offre determinate utilità all'utente; anzi qui l'apparecchio di resistenza è di proprietà del produttore dell'energia elettrica, o, ad ogni modo, non dell'utente (se la ferrovia è di uso pubblico), mentre nel caso nostro gli apparecchi mercè i quali si utilizza la corrente elettrica sono per lo più di proprietà dell'utente privato. Eppure non vi ha locazione di cosa, come è evidente, ma contratto di trasporto e cioè locazione d'opera, malgrado vi siano circostanze favorevoli a una locazione di cosa (godimento della carrozza) che non esistono nel caso di un privato utente che utilizzi la corrente a scopi di illuminazione o industriali. A maggior ragione o per lo meno ad egual ragione vi sarà locazione d'opera nel caso nostro: non capirei davvero perchè si debba distinguere secondo la natura dell'utilizzazione, del godimento; tanto vale il trasporto quanto l'illuminazione o il movimento di macchine industriali.

CAPO SETTIMO.

LE CLASSIFICAZIONI DEL CONTRATTO DI LAVORO.

PRELIMINARI.

207. Da quanto precede, e anche da un superficiale esame dei quotidiani rapporti tra cui troviamo un lavoro obbligatorio retribuito si rileva la enorme varietà di forme di questo rapporto. È questa, certo, una delle difficoltà massime per chi voglia imprendere a trattare questo argomento. Il giurista, naturalmente trascinato ad adottare il metodo eminentemente scientifico della generalizzazione, si trova di fronte a difficoltà notevoli, derivanti appunto dalla grande molteplicità degli aspetti entro cui il contratto di lavoro ci si palesa. Eppure è necessario, e, soprattutto, possibile il classificare tutte queste forme raggruppandole variamente secondo criteri determinati, atti a sceverare nella massa delle forme molteplici quelle in cui si manifesta un dato elemento differenziale comune; un elemento soprattutto la cui importanza, al lume delle conseguenze circa la disciplina giuridica in connessione colla struttura economica, sia tale da essere eretto a criterio fondamentale di classificazione.

Nei paragrafi che seguono esamineremo tra i criteri di classificazione ⁴⁾ i più importanti. Tra questi due sono criteri astratti, e indubbiamente i più fondamentali per la sistemazione giuridica del nostro contratto. Il primo distingue le prestazioni di lavoro nei rapporti con chi le attua e con chi le riceve, a seconda cioè che presuppongano o no una attuazione subordinata al criterio direttivo di chi le riceve (locazione di opere, di opera). Il secondo esamina la prestazione di lavoro in rapporto colla mercede, a seconda cioè che quest'ultima sia riferita alla durata della prestazione, o solo al risultato di essa (lavoro a tempo, a cottimo). Di un terzo criterio, che presuppone l'esame del tipo concreto di lavoro, è pure non dubbia l'importanza: si tratta, però, di un criterio in apparenza più superficiale; certo non tocca così intimamente la struttura giuridica del rapporto come i primi due. Esso ha tuttavia la sua importanza per il giurista, postochè le svariatissime specie di lavoro reagiscono variamente sulla disciplina del rapporto ²⁾.

Debbo qui ricordare qualche altra proposta di classificazione, di cui tuttavia non mi pare che convenga occuparsi specificatamente. Il Cuturi ³⁾ ad es. ritiene che la distinzione fondamentale sia quella tra contratto di lavoro a tempo determinato e a tempo indeterminato: ora, io non ne nego l'importanza (specialmente per la locazione d'opere) ma è opportuno discorrerne in altra sede, non qui. Si è pure data molta importanza alla distinzione tra « lavoro su cose » e « lavoro non su cose » ⁴⁾; la prima è la categoria più numerosa, e può comprendere l'elaborazione di un prodotto (lavoro manifatturiero), o altra attività che lasci la cosa intatta (misurare, imballare, custodire, trasportare).

⁴⁾ Tutte e tre queste classificazioni si impernano su differenze strutturali del fatto generatore degli effetti giuridici. Io non credo esatto collocare accanto a questo un altro perno di distinzioni radicato nella differenza degli effetti giuridici (in ciò, oltre col LOTMAR, cit., I, p. 329, concordo col RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, p. 8); però riconosco che la differenza nel fatto genetico, porta con sè (se no non avrebbe ragion d'essere) differenze anche negli effetti: in ciò il LOTMAR ha ragione. E viceversa non sussiste una differenza negli effetti giuridici che sia scompagnata da una differenza, sia pur minima, nel fatto originario; o diversamente quella differenza non è vera: com'è, ad es., dell'obbligo di un atteggiamento equitativo (*Treupflicht*), che, a torto, lo SCHULTZENSTEIN, in *Arch. f. das bürgerl. Recht*, XXIII, 230 sg., e il CROME, *System*, II, § 257, vorrebbero limitare alla locazione di opere (cfr. il generalissimo nostro art. 1124). Cfr. ancora appresso, p. 615.

²⁾ Quest'ultima è una classificazione che sta a sè, accanto alle altre due, per la diversa natura del criterio differenziale. Non è il caso di rigettar quella, come fa il LOTMAR (cit., I, p. 324), perchè non può comprendere la locazione di servizi e di opera. Queste due costituiscono una classificazione a sè! Ciò che, del resto, in parte riconosce lo stesso LOTMAR, nè poteva essere altrimenti. In parte, perchè, come vedremo, egli non crede all'universalità di questa distinzione tra locazione di opere o di opera.

³⁾ *I principi del nostro diritto delle obbligazioni e il contratto di lavoro*, 1908, p. 13.

⁴⁾ RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, p. 65.

Nella seconda vi è l'attività con mezzi intellettivi, o senza mezzi di questa natura (camminare, far da modello). È però distinzione che, senza fondersi, molto si avvicina a quella tra lavoro per risultato materiale o immateriale, di cui s'è già discorso ¹⁾. Che nella prima categoria quasi sempre, per la sicurezza della tecnica industriale, l'impiego della normale diligenza conduca al risultato voluto, non è sempre vero, e ad ogni modo questa e altre differenze non conferiscono alla distinzione ora accennata il carattere di una distinzione fondamentale.

§ 1. — *La locazione di opere e la locazione d'opera.*

SOMMARIO. — 208. Teorie correnti, su questa classificazione e il fulcro vero di essa. — 209. Importanza e posizione rispettiva dei due elementi « lavoro » e « risultato del lavoro » nelle due forme di contratto di lavoro. — 210. Terminologia. — 211. Obbiezioni alla nostra teoria. In specie la teoria del Lotmar. — 212. Importanza del nostro criterio direttivo al lume della legislazione sociale. — 213. Difficoltà di attuazione del nostro criterio distintivo. — 214. Esame del rapporto di subordinazione tipico della locazione d'opere. In primo luogo i suoi limiti estensivi. La subordinazione e le ore di libertà del lavoratore. — 215. Il sistema paternalistico o dell'assistenza patronale (patronato). — 216. La disciplina. — 217. I limiti estensivi della subordinazione. Loro variabilità secondo la natura della prestazione di lavoro. — 218. Corollari imprescindibili conseguenti da questi limiti intensivi. — 219. L'elemento fiduciario nel contratto di lavoro. Influenza su esso della subordinazione. — 220. L'autonomia del lavoratore nella locazione d'opera. Il concetto dell'impresa. — 221. Accollo del rischio al lavoratore autonomo. Teoria del Rumelin, e obbiezioni al concetto nostro. — 222. L'aleatorietà della locazione d'opera. — 223. Da quali indici esteriori praticamente si possa desumere l'autonomia del lavoratore. — 224. Limiti intensivi dell'autonomia. — 225. Controllo del lavoro autonomo. In specie la direzione affidata all'architetto allato all'imprenditore e all'ingegnere direttore nell'appalto dei lavori pubblici. — 226. Necessità di un criterio oggettivo. Insufficienza di altri criteri. — 227. Se sia possibile un amalgama delle due figure di rapporto. — 228. Carattere duraturo o no della prestazione nelle due forme di contratto. In specie il *contrat d'entreprise* o *d'industrie*. — 229. La direzione del lavoro. — 230. In che relazione la locazione d'opera sia con quella d'opere. L'analogia tra i due contratti. — 231. Se nel dubbio si debba stare per la locazione d'opere o per la locazione d'opera. — 232. Conclusione. Importanza della distinzione, e le proposte dei suoi denigratori. — 233. La commercializzazione del lavoro.

208. Della distinzione tra locazione d'opere e locazione d'opera si è già discorso, per incidenza, più volte, nel corso della nostra trattazione. Cosicché chi fin qui ci ha seguito può ormai avere abbastanza chiara la nozione circa il criterio differenziale che sta alla base di quella distinzione. Vediamo qui di riassumere e di completare quel po' che se n'è già scritto.

¹⁾ Cfr. sopra, p. 37 sg.

Premetto che questa è certamente, a mio avviso, la grande, la più importante distinzione che si deve fare in materia di contratto di lavoro. Questa distinzione ci è venuta dal diritto romano, dove però la *locatio operarum* e la *locatio operis* sono sorte separatamente e con tali differenze reciprocamente che nulla avrebbe lasciato travedere in esse quello che furono poi: due branche (sempre distinte l'una dall'altra) di un unico e medesimo tipo di rapporto giuridico. Dobbiamo anche notare che questa bipartizione esaurisce assolutamente la materia del « contratto di lavoro », inteso come noi l'intendiamo, cioè contratto con cui avviene uno scambio di lavoro (purchessia) e di retribuzione. Vi sono, è vero, altre forme intermedie, aventi in apparenza carattere proprio, ma in realtà sussumibili sotto l'una o l'altra delle due grandi categorie. Di esse, non ignorate dal diritto romano, non tratta il codice civile che allude solo a questa bipartizione; sono invece importanti pel codice di commercio.

In che cosa consista la differenza tra le due locazioni par a tutta prima cosa molto semplice. Ma in realtà pochi argomenti hanno come questo dato luogo a tanti dubbi e, soprattutto, a tanti equivoci. Vi è un'opinione, in proposito, che per la prima si affaccia alla mente, e che ha raccolto in realtà ampio suffragio di adesioni. Si può, cioè, ritenere questo: che nella locazione d'opere il lavoratore mette a disposizione dell'altra parte una quantità di energie di lavoro ¹⁾; nella locazione d'opera invece promette un dato risultato del proprio lavoro ²⁾.

¹⁾ Non sarebbe considerato il lavoro se non in base alla sua utilità astratta, cioè a disposizione dello scopo concreto che il creditore del lavoro si propone. Così ABELLO, cit., II, p. 43-44, III; p. 20.

²⁾ Questa teoria è molto antica e molto diffusa. Ne vediamo tracce evidenti nella *Summa theologiae* di S. TOMMASO (I, 2^{ae}, 9, III, a, 1), che definisce il salario come il compenso dovuto per l'*opus* o per il *labor*. Cfr. in questo senso (pel Codice austriaco) KRAINZ, *System d. allgem. Privatr.* (1907), II, p. 255; CROME, *System d. deutsch. bürgerl. Rechts*, II, 2, p. 642; SCHMITT, nella *Zeitschrift* di GOLDSCHMIDT, 1911 (LXXIX), pag. 333; PLANIOL, *Traité*, II, 1897; TOULIER, XIX, num. 280; DURANTON, XVII, n. 227; COURCELLE, *Traité de législ. ouvrière* (1902), p. 6; MARCADÉ, VI, ad art. 1780, n. 1; TROPLONG, *Louage*, II, n. 959; ABELLO, op. cit., III, p. 30. Secondo il PIC, *Traité de lég. industr.*, pag. 676, il criterio distintivo starebbe nell'oggetto: oggetto determinato o indeterminato, vale a dire senza determinazione specifica di contenuto (i « servizi » in genere); cfr. pure DUTHOIT, *Fers l'organisation professionnelle*, 1910, pag. 127. Ora, qui vi è un'ulteriore degenerazione del criterio citato per primo nel testo. Infatti non è inconcepibile che nella locazione di opere rientri un lavoro in sé specificamente determinato; questo è anzi caso frequente; è escluso quindi che nella locazione di opere rientri solo l'attività indirizzabile a multiformi scopi quale è quella del domestico, dell'impiegato, ecc. Anche qui non manca l'intuizione del vero criterio, ma questo è solo latente: la subordinazione ai criteri direttivi del creditore del lavoro si è creduto implicasse per necessità, ciò che non è, l'indeterminatezza del lavoro. Cfr. appr., n. 228.

Che in questa definizione vi sia del vero, vi sia anzi molto di vero mi pare indubbio: si tratta infatti di un criterio distintivo che nella sua manifestazione coincide spesso col nostro, tantochè in molti casi potrà valere come indice esteriore per indagare se il nostro criterio proprio sussista. Ma non credo che con essa si sia proprio indicata l'anima di quella fondamentale distinzione. Il criterio qui designato in realtà si limita all'apparenza, al lato esteriore del fenomeno, e il fermarsi qui può condurre a un'incompleta visione del problema: ad esempio può condurre ad escludere senz'altro il lavoro a cottimo dal campo della locazione di opere, ciò che si eviterebbe con una analisi che vada più al cuore della differenza ¹⁾. Non abbiamo, dunque, che il lato esteriore ²⁾: è vera, ma non sufficiente. Infatti che il lavoratore si impegni a spiegare una data quantità di lavoro, mettendosi a disposizione dell'altra parte, ciò significa solo che l'elaborazione, in quanto diretta a produrre un dato risultato, viene imperniata sull'altro contraente a cui il lavoro è dovuto; il lavoratore vi rimane estraneo, nel senso che egli si limita a dare il proprio lavoro, ma non si preoccupa se non secondariamente della raggiungibilità del risultato finale. Chi se ne preoccupa è l'altra parte, cui spetta di indirizzare quello spiegamento di attività in quella direzione che permette il raggiungimento dello scopo che si propone. E cioè (e qui arriviamo proprio al fulcro, al cuore del criterio differenziale) è al creditore del lavoro che spetta di coordinare la prestazione di lavoro con il resto dell'azienda, in modo da ottenerne il maggior possibile rendimento in ordine al conseguimento di quel risultato ultimo; è a lui che spettano i rischi connessi a quel coordinamento, e consistenti o nel non raggiungimento di quel risultato, o nella non convenienza (in ordine ai propri fini soggettivi) del risultato materialmente ottenuto. Come si vede la prestazione del lavoro è assoggettata, per ciò che riguarda la sua tecnica attuazione, ai criteri direttivi del contraente cui è destinata; è questi che, ripeto, la guida, la incanala nel senso da lui voluto, appunto perchè egli è il centro, il signore dell'azienda, cioè della connessione di quella prestazione col risultato cui deve servire ³⁾.

¹⁾ In questo senso esattamente anche il SALEILLES, op. appr. cit., p. 498.

²⁾ Questo criterio meramente esteriore è anche il punto di partenza per un'altra distinzione (lavoro a tempo, a cottimo). Anche in ciò sta la sua insufficienza. Anzi serve specialmente a quest'altra classificazione. LOTMAR, cit., I, p. 92. Più avanti, al n. 239, vedremo ancora come questa teoria finisca anzi coll'identificare la distinzione qui esaminata, e quella di cui al § 2 che segue. Cfr. ivi altre citazioni di aderenti alla teoria qui combattuta.

³⁾ Il MARTINI, *La notion invid. du contrat de travail* (un libro inteso a dimostrare il nostro assunto) scrive che questo concetto è chiaro nella giurisprudenza francese: ma io ho i miei dubbi, in proposito. Certo è il concetto pure del SALEILLES (nel *Bulletin de la Société des études législat.*, 1906, 1906, p. 494. E al pa-

Nulla è più difficile che determinare questi tratti caratteristici con quella determinatezza e nello stesso tempo con quella latitudine che ne permetta di verificare la sussistenza in tutti i casi — infinitamente vari! — di locazione d'opere ¹⁾.

Invece accade l'opposto nella locazione d'opera. Qui il raggiungimento del risultato ha luogo a cura del lavoratore; egli ne ha i rischi, egli può quindi imprimere al proprio lavoro i criteri direttivi che più gli parranno acconci al raggiungimento di quel risultato. Di questa più o meno vasta azienda data dall'elaborazione occorrente a questo risultato egli è il centro e il signore ²⁾.

Riassumendo possiamo dire che della locazione d'opere è tipicamente proprio l'accentramento nel creditore del lavoro di quella che si può sinteticamente chiamare la « gestione del lavoro », che ha il suo massimo esponente nell'accollo al creditore del lavoro di quelli che vedremo più avanti essere i « rischi del lavoro » ³⁾, e il suo più importante corollario in un rapporto di subordinazione del lavoratore all'altro contraente per ciò che riguarda la prestazione di lavoro; invece della locazione d'opera è propria la gestione del lavoro accollata al lavoratore, a cui spettano i rischi del lavoro, e quindi l'autonomia di lavoro quanto alla elaborazione necessaria al conseguimento del risultato promesso ⁴⁾.

drone, « a lui solo che appartiene la direzione dell'impresa, e quindi la direzione del lavoro ». Il lavoratore qui non risponde del risultato, ma solo del lavoro che deve fornire. Più o meno limpidamente accolgono il criterio differenziale di cui nel testo anche CAPITANT, *Cours de lég. industrielle* (1912), p. 125 sg.; BEUDANT, *Cours de droit civ. franç. Vente et louage*, n. 642 sg. Cfr. pure BAUDRY-LACANTINIERE, II, n. 1632. Cfr. appr. p. 513, nota 2.

¹⁾ Cfr. su tutto ciò già sopra, ad es. n. 197.

²⁾ Conforme il SALEILLES, op. l. cit. Qui è garantito il risultato, e l'iniziativa spetta al lavoratore che è « padrone di dirigere il suo lavoro a suo piacere ». Da ciò quindi una sua maggior responsabilità. E cfr. pure i motivi del Cod. Napoleonico all'art. 1795.

³⁾ La teoria che vede nel rischio del lavoro il criterio differenziale è esatta; su essa più avanti: cfr. intanto ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone* (Verona, 1915), p. 28. È esatta, ma per sè sola anzitutto incompleta, perchè la sopportazione del rischio del lavoro è solo un elemento tipico di una complessa situazione in cui rientra, altrettanto tipicamente, la autonomia o la subordinazione nell'attuazione del lavoro. E in secondo luogo è anche, per sè sola, pericolosa, poichè può facilmente far cadere in equivoco, confondendo la distinzione qui in esame con quella di cui al paragrafo seg., tra lavoro a cottimo e a tempo. E appunto quanto è accaduto all'ASQUINI nella sua monografia che pure è condotta con rigore scientifico. L'ASQUINI adagio adagio è scivolato nell'altra classificazione. Cfr. appresso.

⁴⁾ Cfr. BAIL, *Die Rechtsverhältnisse d. Arbeitgeber und Arbeitnehmer*, p. 26; LEXIS, *Allgemeine Volkswirtschaftslehre* (1910), p. 66, che pure dà molta importanza alla autonomia di produzione esercitata a proprio rischio e pericolo, o alla subordinazione a chi assume il rischio. Esattamente pure COGNETTI DE MARTIIS, in *Bibliot.*

Nella locazione d'opere adunque il lavoro viene prestato sotto la guida e la responsabilità in proprio della persona cui il lavoro è destinato; nella locazione d'opera invece l'attuazione non esorbita dalla cerchia del lavoratore. Che il destinatario di una prestazione di lavoro ne abbia rimesso l'attuazione a carico di chi la pone in essere significa che non ha inteso assumersene la guida, la direzione e quindi il rischio. La cosa non è così quando ci si presenta ad es. il lavoro fatto « ad economia ». Quando infatti una persona intende ottenere un dato risultato può, anzichè affidare ad altri l'incarico di porlo in essere a suo rischio, curare egli stesso la gestione conducente ad esso. Questa è l'assunzione di un lavoro in economia, anzichè in appalto: l'assuntore, cioè l'interessato al conseguimento di quel risultato, indirizza il lavoro prestato da altri nella direzione che più gli parrà conveniente al conseguimento di quella meta; e di questa elaborazione egli assumerà i rischi ¹⁾, e per conseguenza la direzione. Qui manca in chi lavora la figura dell'imprenditore, del conduttore d'opera che si assume la responsabilità dell'esecuzione. I lavoratori sono a diretto contatto coll'interessato; vi ha insomma la figura della locazione di opere di cui si possono senz'altro applicare le regole principali. A nulla rileva, naturalmente, che nel lavoro ad economia il creditore del lavoro possa anche non avere nel vero senso della parola la direzione del lavoro, per esserne affatto ignaro, come vedremo ²⁾.

d. *Econom.*, I, 2, p. CLII. Nel nostro ordine di idee è pure il CARNELUTTI, che veramente dapprima sembra accogliere il criterio formale qui respinto (in *Rivista dir. pubbl.*, 1909, II, 18): ma a questo scrittore non potevano naturalmente sfuggire le ulteriori conseguenze riguardanti il rischio del lavoro, e in cui troviamo veramente il perno della differenza (p. 19), come lo stesso CARNELUTTI finisce pure col riconoscere (p. 23). Cfr. pure lo stesso autore nella medesima Rivista, 1910. II. 560. Osservo però che il criterio differenziale cui aderisco era sostanzialmente accolto anche nella prima edizione di questo trattato. Lo stesso CARNELUTTI in altro suo scritto non sembra dar importanza alla distinzione tra i due contratti, perchè crede all'unità sostanziale delle due forme (in *Riv. dir. comm.*, 1911. I. 380).

¹⁾ App. Perugia, 18 giugno 1888, *Legge*, II, p. 414.

²⁾ Al concetto accolto nel testo, circa la distinzione in esame, ha pure aderito una parte della nostra giurisprudenza, in cui la questione è agitata specialmente per l'obbligo dell'assicurazione contro gli infortuni. Così App. Milano, 10 luglio 1914, *Contr. lav.*, 1914, 174 (la *locatio operis* presuppone che il lavoratore sia arbitro dei mezzi, dell'indirizzo da imprimere alle due attività); Cass. pen. 27 giugno 1911, *Foro*. 1912, II, 12 (l'autonomia, o la sottoposizione alla sorveglianza influiscono nel determinare la responsabilità o no dell'imprenditore); App. Napoli, 9 agosto 1912, *Foro it.*, 1912, I, 1289 (che aderisce prima al criterio del risultato o della attività puramente; ma poi si aggiunge che tra *locatio operis* e *operarum* consiste poi la distinzione altresì nell'elemento dell'autonomia). Cfr. pure Cass. Parigi, 7 nov. 1904, *Contr. lav.*, 1905, 149 (l'operaio che assume un lavoro in blocco a suo rischio e pericolo, senza direzione o controllo del padrone è lui stesso il capo dell'impresa).

È al non aver ben chiarito il criterio differenziale tra i due tipi di contratto di lavoro che si debbono certe obbiezioni e, soprattutto, certi equivoci cui la nostra distinzione ha dato luogo. In conclusione quanto al criterio della locazione di opere considerata come una data quantità di energie di lavoro (*operae*) poste a disposizione dell'altra parte; mentre nella locazione d'opera si avrebbe di mira un risultato finale (*opus*), possiamo convenire collo Dniestrzanzki ¹⁾, il quale sostiene che questo criterio appartiene a una ormai vecchia scuola giuridica che riconosce però essere la dominante; lo ritiene falso perchè ogni lavoro, quindi anche quello che è oggetto di una locazione di opere, mira a ottenere un determinato risultato. Inoltre, dice, le norme del diritto positivo (austriaco e francese) non si accordano con questo concetto. Quanto a quest'ultima obbiezione non possiamo fare ora la dimostrazione, chè bisognerebbe passare in rivista tutti i principi che concernono il trattamento dei due istituti in discorso. Ma quanto alla prima obbiezione lo Dniestrzanzki ha ragione, perchè appunto non è esatto, in sè solo considerato, il punto di partenza da cui ha preso le mosse. Certo che l'opera del domestico o dell'impiegato mira a un dato risultato. Ma la differenza non può essere qui: è invece nel modo con cui il lavoro è considerato nei rapporti tra le parti.

209. Questo ci conduce ad un'osservazione molto importante: che, cioè, i due termini « lavoro in sè considerato » anzi addirittura « lavoro », e d'altra parte « risultato del lavoro » non vanno contrapposti l'uno all'altro, come se tra essi sussista una barriera, un solco profondo. Invece abbiamo già avuto più volte occasione di ripetere come siano due termini non solo tra loro conciliabili, ma in un certo senso addirittura inseparabili l'uno dall'altro. Infatti non è concepibile un lavoro che non debba necessariamente mirare a un risultato, postochè il lavoro non è che mezzo a fine ²⁾, e d'altra parte non è concepibile neppure un risultato (un *opus*) senza un'attività di lavoro per conseguirlo. Dunque non dobbiamo rilevare quei due termini come se

¹⁾ *Das Wesen des Werklieferungsvertrages im österreichischen Rechte*, Wien, 1898, pag. 2, nota 1.

²⁾ Cfr. sopra, p. 54 sg. È quindi per lo meno inesatto il fare, come ha fatto la Cass. Firenze, 27 giugno 1910, *Riv. dir. pubbl.*, 1910, II, 556, di questo rapporto di mezzo a fine una caratteristica della dipendenza, che è caratteristica della locazione d'opere. Si capisce che se il lavoro fosse scopo a sè non darebbe nessun utile al creditore, che si guarderebbe bene dal pagare perciò una retribuzione. Cfr. LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 92-93. Bisognerebbe che il creditore si accontentasse della soddisfazione provata nel vedere altri non in ozio. Ciò è vero anche pel lavoratore: è inesatto, mi pare, dire che se il risultato non lo riguarda il lavoro per lui è fine a sè stesso. No: perchè il creditore gli propone sempre una meta cui deve il lavoratore sforzarsi di pervenire, e il cui raggiungimento è a suo rischio. Si tratta, qui, del risultato immediato, non di quello finale; e il rischio sta nell'eventuale licenziamento per insufficiente abilità tecnica.

si trovassero in assoluta antitesi. E cioè anche nella locazione d'opere è influente la considerazione del risultato cui il lavoro dovrà condurre, così come nella locazione d'opera appartiene all'essenza del rapporto locativo il concetto di « esercizio di una determinata energia di lavoro » ¹⁾, anzi questa costituisce pur sempre il nocciolo di questo rapporto in quanto lo si esamini nella sua obbiettiva complessità, per la ragione che noi non possiamo concepire una locazione di opere o di opera senza una *faciendi necessitas* ²⁾.

Ma se i due termini sussistono in ambo le forme di contratto di lavoro, diversa è tuttavia la loro importanza. Nell'una (la locazione d'opere) il baricentro è rappresentato dall'attività occorrente per un dato risultato; e ciò nel senso che è questo tecnico spiegamento di attività che penetra nella sfera contrattuale delle due parti: del lavoratore che vi dà opera, dell'altra parte che dirige e guida secondo i propri criteri quella attuazione di energie lavorative, indirizzandola con ciò al conseguimento del risultato cui mira. Con ciò non è detto che a questo risultato sia estraneo il lavoratore: no, perchè vi deve pervenire; quindi ad es. deve avere un'idoneità al conseguimento col proprio lavoro di quel risultato (per ciò che riguarda il materiale spiegamento, e prescindendo dai criteri direttivi). Viceversa non lo spiegamento del lavoro ³⁾, ma il conseguimento del risultato ricade

¹⁾ Cfr. sopra, n. 197, quanto alla dimostrazione dell'importanza del lavoro nella locazione d'opera, e della sua suscettibilità nel tipo locativo. In senso conforme cfr. LOTMAR, cit., I, p. 269 sg.: anche qui la mercede è promessa pel lavoro, ancorchè non si discorra di mercede contro risultato. Invece si tende spesso a isolare il risultato, dimenticando che l'essere il lavoro per giungervi cosa di pertinenza interna del lavoratore non vuol dire che sia fuori del rapporto contrattuale. Erra perciò il GUYOT, *Conf. du trav.*, p. 266, che conclude come la locazione d'opera non si applichi che alle cose, al prodotto del lavoro; è quindi un contratto reale (*res*), mentre la locazione d'opere è personale.

²⁾ Quanto alla locazione d'opere parrebbe strano che si possa accentuare l'importanza del risultato del lavoro, eliminandola invece al lavoro. Eppure questo si fa da chi concepisce in genere la prestazione di lavoro come prestazione di un risultato del lavoro (cfr. sopra, pag. 22). Cosicché si può giungere collo CHATELAIN, in *Revue socialiste*, 1907, p. 209 nota, sino a negare per questo motivo al lavoro industriale la suscettibilità in una locazione d'opere. Cfr. pure BLOCH, in *Journal des économistes* 1899, II, 161. È chiara la ragione di questa concezione così lontana dalla realtà: la tendenza a elevare la dignità del lavoro sottraendolo quanto più si può alla subordinazione propria della locazione di opere. È quel medesimo ordine di idee che ha condotto alla commercializzazione del lavoro proposta dal GUYOT (confronta avanti) e che ha indotto pure l'ENDEMANN, in *Jahrbücher für die Nationalökonomie*, LXVII, p. 641, a proclamare la necessità di una unificazione nel trattamento giuridico del lavoro libero, riunendo la locazione d'opere e quella di opera in un unico tipo di contratto. Contro cfr. lo stesso RIEZLER, *d. Werkvertrag*, ccc., p. 30-31.

³⁾ Bisogna pur sempre insistere su questo: che non il lavoro in sè, ad ogni modo, interessa il creditore delle opere, ma il lavoro come mezzo per ottenere un dato risultato. Perciò fu affermato dal BLOCH (nel *Journal des économistes*, 1899, II,

come elemento fondamentale nell'orbita delle due parti contraenti nella locazione d'opera, senza che con ciò sia esclusa l'importanza giuridica della attuazione del lavoro. Questa rientra nell'orbita del lavoratore, che ne è signore, che la guida e la attua da sè e con propri criteri direttivi, e perciò a proprio rischio, così come nella locazione d'opere è il conseguimento del risultato che cade nella cerchia del creditore del lavoro, secondo i suoi criteri e a suo rischio. Nella locazione d'opera dunque, rimpetto al creditore del lavoro, è il risultato definitivo che ha un'importanza primaria: e così si spiega come una rappresentazione puramente empirica di questo rapporto sia riuscita a oggettivare l'*opus*, l'*ἀποτέλεσμα*, il risultato, per modo da astrarre quasi completamente dall'elemento « lavoro », avente qui l'importanza del mezzo al fine ¹⁾. Dobbiamo aggiungere che questa concezione empirica della locazione d'opera oggi giorno fu esagerata per modo nella dottrina e nella giurisprudenza nostra (e d'altri paesi) da porre, come s'è visto, in non cale l'elemento « lavoro » anche nella costruzione giuridica di questo rapporto, e considerare quindi il risultato, l'*opus*, come un bene indipendente e proteggibile come tale dall'ordine giuridico. Altri invece hanno dato al mezzo importanza soverchia rispetto al fine. La verità ²⁾ è che l'*opus* è pur sempre nulla più di un risultato, di un effetto che presuppone un'attività messa in moto per produrre questo tutto organico; e di questa attività dobbiamo tenere calcolo, se non vogliamo arrivare a conseguenze che ripugnano coi bisogni della pratica.

Accanto ai detrattori dell'elemento lavoro nella locazione d'opera abbiamo poi anche coloro che sottraggono al territorio di questa categoria di contratti di lavoro un certo numero di casi in cui non si scorge a tutta prima che vi sia un risultato di lavoro autonomo ³⁾. Il dubbio può realmente nascere quando si abbandoni il campo della produzione di cose materiali, e si abbia lavoro per risultati intellettuali; e ancor più quando il risultato sia ottenuto contemporaneamente

pag. 166) che il creditore del lavoro si preoccupa solo del risultato del lavoro, non dell'intensità dello sforzo per arrivarvi. Il che è vero solo in parte; perchè del mezzo per giungere allo scopo il creditore del lavoro, data la struttura economico-giuridica della locazione d'opere, è ben lungi dal disinteressarsi.

¹⁾ L'ANTOINE, *Cours d'écon. polit.*, p. 351, esprime questo concetto scrivendo che il lavoratore qui non fa parte come tale del contratto. E si suol dire che oggetto della locazione d'opera è il risultato di lavoro, non il lavoro (RIEZLER, cit., l. cit.). Il che può ammettersi quando però si assuma non il risultato, puramente, ma un « risultato di lavoro ». E cioè anche il lavoro rientra, e come!, nella complessa situazione contrattuale creata dal contratto.

²⁾ BECHMANN, op. cit., p. 161.

³⁾ Su ciò il RÜMELIN, cit., p. 306, si fonda per constatare l'esattezza della promessa di un semplice risultato come criterio differenziale.

alla produzione dell'attività, e cessi col cessare di quest'ultima¹⁾. Che qui pure sia concepibile il « risultato » del lavoro non è dubbio: dovremmo diversamente sclassificare come locazione d'opera casi come il contratto di trasporto, il contratto di rappresentazione teatrale, ecc. Ma qui è pur sempre evidente dove si annidi il « risultato » del lavoro. Se il vettore mi trasporta una merce anzichè al luogo di destinazione a un luogo situato a mezza strada non vi è la parvenza di alcun risultato, perchè la sua gestione non solo non mi dà alcuna utilità, ma mi può essere più dannosa dell'aver mancato completamente il trasporto²⁾.

Il dubbio concerne altri casi. Infatti si hanno taluni casi in cui anche la semplice gestione normalmente condotta può creare da sè sola un risultato sufficiente, anche se una certa meta ulteriormente determinata e conducente a una utilità finale e definitiva, quella cui il creditore può aspirare come alla meta ultima, non è stata raggiunta³⁾. Infatti è certo che qualunque azione esteriore dell'uomo conduce di per sè a un risultato, sempre: perchè il lavoro non è mai scopo a sè, ma mezzo a fine. E si noti: ciò è vero anche per certe espressioni che indicano, apparentemente, l'attività, ma non un risultato. Quando infatti si dice che taluno canta, parla, taglia, fonde, cuoce, scava, fila, ecc., in apparenza sembra si prescinda da un risultato: ma chi canta o parla o tesse ecc. produce sempre, con ciò, un risultato esteriore (il canto, la tessitura, lo scavo, ecc.). Questo può essere un risultato sufficiente⁴⁾, anche se non sia ottenuto un ulteriore risultato

¹⁾ Cfr. in proposito già sopra, p. 589 sg.

²⁾ C'è tuttavia l'art. 295 Cod. comm. che ammette il pagamento al vettore di un nolo proporzionale al minor percorso determinato da caso fortuito sopravvenuto durante l'esecuzione del trasporto, riconoscendo la divisibilità del risultato. Se ne ridiscorrerà più avanti, nel § 2 di questo capitolo.

³⁾ Non siamo qui di fronte alla pura attività, in sè considerata, ma a un risultato di questa attività; un risultato intermedio e diretto, cioè sottratto all'alea di elementi estranei, un risultato che per lo più non si concentra in una forma istantanea e determinata, ma si compenetra con tutta l'attività. Su ciò cfr. pure LOTMAR, cit., II, p. 432, sg. Però, a differenza del LOTMAR, io credo che risultato di questa attività possa pure intendersi, per accordo esplicito tra le parti, o per un contrario uso locale, anche l'ulteriore mèta, non sempre signoreggiata completamente dall'attività del lavoratore; ciò che già sopra, l. ult. cit., abbiamo constatato. Applicando queste regole a un'operazione chirurgica, ha ragione il MAYER, *Ärztliche Vertragserhältnisse* (1905), p. 36 sg., secondo cui in quel caso « l'effetto non consiste nella recuperata salute, ma nel raggiungimento della voluta meccanica lavorazione di una parte del corpo sotto osservanza delle regole indicate dall'arte medica ». questo è il risultato medio e diretto, che nel silenzio delle parti e degli usi locali vale come sufficiente risultato. Cfr. pure KOHLER, *Bürg. Recht*, II, p. 326.

⁴⁾ L'osservazione è del LOTMAR, cit. II, p. 429, sg. Viceversa vi sono espressioni che denotano il risultato, e non l'attività che vi conduce (una casa, un parere, un dato prodotto industriale, ecc.). Come queste introducono nel rapporto

più specifico. Così, ad es., già sopra abbian visto che la cura del cliente assunta dal medico o dall'avvocato costituisce per sè un risultato sufficiente, anche se la guarigione o la vittoria non sono conseguite ¹⁾. Questo dimostra come il concetto di risultato debba intendersi con una certa latitudine: qualunque meta per sè utile di una attività umana, anche se non culmini in un'utilità definitiva ed esattamente circoscritta. Non è, dunque, che si richieda sempre e necessariamente un risultato definitivo, perfetto, completo: basta un risultato purchessia, anche che l'opera non si possa dire esaurita, e dopo ne occorra quindi la continuazione ²⁾. Ciò accade anche allorché quando si annette un'importanza primaria alla designazione del tempo e il committente si accontenti di quel risultato qualunque che alla fine di questo periodo riesca al conduttore d'opera di ottenere: come ad esempio negli appalti a misura, in cui il numero delle unità di misura sia incerto, ma si intenda essere quello che risulterà di possibile esecuzione dopo un dato termine.

Io non credo che con questa lata concezione del « risultato » di un'attività autonoma si finisca coll'eliminare, come ritiene il Riezler ³⁾, ogni distinzione tra locazione d'opere e d'opera, in quanto a quel modo anche nella locazione d'opera non si avrebbe che la promessa di una pura attività che sarebbe fine a sè stessa. Ripeto che rimane

contrattuale anche il lavoro, così, viceversa, quelle indicate nel testo introducono anche il risultato: e ciò tanto più energicamente nella locazione d'opera, e nel lavoro a cottimo. Ma per quest'ultimo caso cfr. paragrafo seg.

¹⁾ Cfr. sopra, p. 183-186. Così può essere sufficiente risultato che il mediatore (supposto vi sia proprio contratto di lavoro) avvicini le parti, anche se non riesce a ottenere l'effettiva stipulazione del contratto. « Il risultato vi è già nell'attività in una data direzione ». Così esattamente RIEZLER, *d. Werkvertrag*, cit., pag. 91.

²⁾ Perciò il « contratto di informazione » (tra un'agenzia di informazioni commerciali e il suo cliente) è locazione d'opera, essendo l'attività dell'azienda affatto autonoma. In senso contrario cfr. ZIINO (in *Il dir. commerc.*, 1911, I, 405). Questi asserisce che l'agenzia non assume di dare un'informazione esatta; quindi non vi è un *opus*, un risultato; non vi è che la promessa di un'attività. Ma in realtà il risultato c'è: un'informazione. È quanto pure esattamente obietta il LONGO al ZIINO, in *Rivista dir. civ.*, 1911, 113. L'opinione del ZIINO è pure dello SCHMITT, nella *Zeitschrift* di GOLDSCHMIDT, 1911 (LXXIX), p. 320, sg. Questo scrittore nega l'importanza del risultato immediato incorporato, per così dire, colla stessa attività di lavoro, perchè sarebbero casi eccezionali, e perchè alcuni casi non sono veri. Così, scrive, il lavoratore incaricato di seminare dovrà seminare un determinato campo. Ma è questa proprio un'ulteriore determinazione nel risultato di questa speciale attività? Non si può seminar nel vuoto! Il vero è che queste sottigliezze infeconde, che rendono così poco chiara l'applicazione in certi casi di quello che pure è parso il criterio distintivo più evidente e facile (promessa di un'attività o di un risultato), si potrebbero schivare penetrando più addentro col criterio nostro.

³⁾ Op. cit., p. 14.

più che mai fermo il criterio della autonomia o della subordinazione, costituente pur sempre il perno della classificazione.

210. Possiamo conservare senz'altro inalterata la terminologia che si riferisce ai due tipi contrattuali in questione: locazione di opere, e locazione di opera. *Operae* indica una attività di lavoro presa in considerazione in sè e non esclusivamente per un determinato risultato ¹⁾. *Opera* non ha un significato così determinato, nelle fonti romane: tanto è un sinonimo di *operae*, quanto del lavoro cui è tenuto l'*artifex* che ha assunto un *opus* ²⁾. *Opus* è invece tipicamente il risultato di un lavoro; e con esso si sottintende anche che il lavoro sia autonomo, a differenza che per *operae* e spesso per *opera*. Nel nostro Codice, come sappiamo ³⁾, « locazione di opere » ha assunto una portata più vasta, abbracciante quello che è per noi il « contratto di lavoro »: cioè tanto la locazione di opere come quella di opera. Noi limitiamo l'uso di quel termine al suo significato tecnico (lavoro subordinato). Quanto ad altre denominazioni, invece di locazione di opera (contratto di appalto o di impresa, di industria), si vedrà or ora.

Nel linguaggio della tecnica giuridica romanistica in questi due contratti la designazione delle parti muta. Il creditore del lavoro nella locazione di opere è detto « conduttore », nella locazione d'opera « locatore ». E a sua volta il debitore del lavoro è denominato rispettivamente locatore e conduttore. Questa mutazione si spiega storicamente. La locazione di opere nacque sotto forma di servizi resi dagli schiavi ⁴⁾. Questi si disponevano sul pubblico mercato offerti dai rispettivi padroni (*locatores*), e chi voleva usare dei loro servizi li conduceva via (*conductores*). *Locare* però significava anche consegnare una cosa nell'interesse di chi consegna, non di chi riceve. E così è sorta la locazione di opera: consegna di una cosa allo scopo di elaborarla nell'interesse di chi consegna ⁵⁾. Il primo esempio do-

¹⁾ Osserva il COSTA, *Il dir. rom. priv. nelle commedie di Plauto*, pag. 378, che questa parola ha spiccatissimo il significato di « attività umana astrattamente considerata, indipendentemente dall'oggetto su cui si estrinseca ». È però ammissibile che « opere » in italiano non sia un termine così preciso, ma alluda in genere a attività di lavoro autonomo (non foss'altro come plurale di « opere »). Così nell'art. 1627, n. 3 e nella legge sulle opere pie del 1890 si discorre di « appalto di opere »: art. 26.

²⁾ Cfr. GLÜCK, *Pandette*, XIX, p. 30: talora *opera* e *opus* sono usati promiscuamente.

³⁾ Cfr. sopra, p. 4.

⁴⁾ Cfr. DESCHAMPS, *Sur l'expression « locare operas » et le travail comme objet du contrat* (nei MELANGES-GIRARDIN, 1907). Conclude che è espressione irrazionale.

⁵⁾ Questa identità etimologico-concettuale fu già sopra rilevata, al n. 197. Cfr. inoltre BECHMANN, *Kauf*, I, p. 432; KARLOWA, *Röm. Rgeschichte*, pag. 644; SCHULIN, *Geschichte des rom. R.*, p. 403; MOMMSEN, *Rom. Staatsr.*, II, pag. 420. TROPLONG, *Louage*, p. 104, nota 3, p. 52. Contro la spiegazione materialistica di *locare* e *conducere*, cfr. DEGENKOLB, *Platzr.*, u. *Miethe*, p. 134-137. Egli accetta il

vette essere quello di chi consegnava una mandria perchè la si conducesse al pascolo: chi la prendeva in consegna era quindi *conductor*. Più tardi il campo di applicazione si allargò smisuratamente, ma i nomi rimasero ¹⁾.

Ora, dobbiamo noi pure, oggi, attenerci a questa vetusta terminologia? Il dubbio è in proposito, almeno a tutta prima, più che legittimo. Poichè ammessa la terminologia romanistica, confrontando la *locatio operarum* colla *locatio operis*, si avrebbe dunque che chi paga la mercede sarebbe nell'una *conductor*, nell'altra *locator*, e chi è debitore del lavoro si chiamerebbe *locator* e rispettivamente *conductor*. In realtà, questo scambio di designazioni ha avuto per effetto una certa inesattezza e incertezza in proposito nella giurisprudenza, in cui si parla talora di locatore di opere o conduttore di opere, talvolta non si distingue neppure *opere* da *opera* ²⁾; per modo che non riesce subito chiaro di chi si vuol parlare. È perciò che si tende oggi ad adottare una designazione unica, e cioè conduttore è chi paga la mercede, anche nella *locatio operis* ³⁾. Del resto è notevole che questa confusione tra *locatio* e *conductio*, *locator* e *conductor* avvenisse già tra i giuristi romani; ce lo dice Gajo in due frammenti che il De-

significato astratto, non concreto di « consegnare » e « ricevere » per *locare* e *conducere*, riferiti entrambi all'oggetto principale. Lo SCHUPFER pure accetta la teoria materialistica (*Il dir. delle obbligazioni*, 1868, p. 404): chi pagava la mercede era *locator operis*, quasi per esprimere che egli metteva l'opera che egli considera sua a disposizione dell'altro contraente e gli abbandonava l'impresa.

¹⁾ DERNBURG, *Pand.*, II, § 110.

²⁾ L'antica terminologia non è però abbandonata. Cfr. es. Cassazione Firenze, 27 giugno 1910, in *Riv. dir. pubbl.*, II, 536 sg.

³⁾ Così il VITA-LEVI, che non è solo. La terminologia adottata da questo scrittore è assai diffusa nella dottrina francese e italiana. Il DUVERGIER (*Cont. de Toullier*, III, n. 6), il MARCADÉ, VI, p. 418, il DALLOZ (*Rep.*, v. *Louage*, n. 2) l'accettano, ribadendo il concetto per cui in qualunque forma di locazione locatore è chi si obbliga a somministrare l'*uti frui* (di una cosa, del lavoro), e conduttore chi si obbliga alla mercede. Anche il RICCI si ribella alla distinzione (secondo lui di valore puramente terminologico) tra *locatio operarum* e *operis*, sostenendo locatore essere sempre chi riceve la mercede, conduttore chi la deve. E il GREGO che adotta pure questa opinione (traduzione delle *Pandette* di GLUCK, 19, t. II, p. 366, nota g) è arrivato sino al punto di tacciare di erronea l'affermazione del GLUCK, per cui al *locator operis* spetta l'*actio locati*, e al *conductor operis* l'*actio conducti*! Come si vede, questa questione di importanza pratica non grave, se ne toglia la necessità di una terminologia costante per evitare confusioni di concetti, ha tuttavia provocato numerosi dissensi e controversie nella dottrina, e non in quella solo di questi tempi. Il CUFACIO è noto aver proposto una teoria sua, per appianare ogni difficoltà. Si tratta di una risoluzione empirica, e cioè che varia secondo le circostanze. Secondo il CUFACIO, *Obs.*, I, 11, cap. 28, si dovrebbe considerare come locatore colui che ha avuto l'iniziativa del contratto, quegli che ha fatto la proposta di contratto all'altro. In tal modo locatore sarebbe tanto chi paga la mercede quanto chi offre il lavoro. Questa teoria eclettica, indeterminata perchè

genkolb asserisce ¹⁾ cuciti insieme, mentre erano originariamente di fonte diversa. Sono i fr. 19 e 20 *de a. e. et v.*, 19,1: « Veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur »; « Idem est et in locatione et in conductione ». Il Degenkolb ritiene che si trattasse di confusione non solo linguistica, ma anche concettuale. Comunque, quanto alla *locatio conductio* è certo che essa derivò dalla affinità tra *locatio operarum* e *operis*. Un altro esempio ce lo dà Marcello, fr. 47 *h. t.*, 19, 2. Il Pothier nota benissimo esservi qui confusione tra conduttore e locatore, come tra compratore e venditore ²⁾. Il Voet invece pensò che Marcello abbia voluto parlare proprio del *conductor locans*; e cioè si parlerebbe di *conductor operis*; ma siccome *locat facendi necessitatem*, così usa poi il verbo *locare*. È un'opinione che non ha se non valore di curiosità storica ³⁾.

Nel nostro Codice e nelle nostre leggi concernenti il lavoro di questa vecchia terminologia non vi sono quasi tracce ⁴⁾. E questo ci permette una maggior libertà nell'impiego della terminologia. Per conto mio penso che sia opportuno prender le mosse dal concetto fondamentale, già sopra ricordato ⁵⁾, della locazione. Se questa non è che concessione dell'utilizzazione delle proprie energie di lavoro in sé, o nel risultato loro considerate, locatore è il concedente, conduttore l'utente. Così si arriva a una unificazione terminologica sia per la locazione di cose come per quella di lavoro; per quest'ultima si arriverebbe a una unificazione sulla base della terminologia romanistica per la *locatio operarum*. Dunque locatore delle opere, locatore dell'opera sarebbe il lavoratore subordinato, o autonomo.

Ma tutto ciò ammesso, d'altra parte confesso che cercherò di fare uso il meno possibile di questa terminologia. E ciò facendo mi atterrerò proprio al sistema delle nostre leggi, in cui, ripeto, la terminologia romanistica non fu accolta. Infatti il Codice non ha occasione di occuparsi con qualche maggior diffusione che del lavoro autonomo, ed è qui che ha sentito il bisogno di una terminologia; ciò non è invece per la locazione d'opere, di cui ha quasi completamente taciuto.

non poggiante sull'ossatura del contratto, ma su circostanze esteriori di nessuna rilevanza giuridica per ciò che concerne la natura del rapporto, fu combattuta e con ragione. Il DUVERGIER (*Cont. de Toullier*, III, n. 6) la respinge, e giustamente, ma sostenendo che non ci si potrà mai intendere sulle idee quando il significato delle parole è variabile. Questa ragione non è esatta: perchè allora dovremmo condannare la terminologia romanistica!

¹⁾ *Platz u. Miethe*, p. 24, nota 1.

²⁾ *Pand.*, ad l. 45, t. II, n. 9.

³⁾ *Pand.* ad *h. t.*, n. 32.

⁴⁾ Di « conduttore d'opera » discorre, nel senso di *conductor operarum*, la legge sulla risicoltura 16 giugno 1907, n. 327, art. 12. Cfr. appresso.

⁵⁾ Cfr. sopra, p. 544 sg.

Per quest'ultima noi troviamo il bisogno di una terminologia solo nelle leggi sociali che, come vedremo, tutelano il lavoro subordinato, e non già, di regola, quello autonomo. Ora noi ci imbattiamo nelle seguenti espressioni. Per indicare il conduttore delle opere le parole « industriale » (art. 2 legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli); « esercenti di industrie » (art. 3, legge cit.; art. 3, testo unico infortuni sul lavoro; art. 4, eod., ecc.); « proprietari, gerenti, impresari » (art. 10, legge lavoro donne e fanc.; art. 5, regol. relativo); « imprenditori » (art. 1, legge sul riposo festivo; legge sui probiviri); « capi di imprese o di industrie » (art. 3 t. un., sugli infortuni sul lavoro), ecc. Per indicare il lavoratore subordinato troviamo « salariati » (art. 11, legge sul riposo festivo); « operai » (art. 10, legge ult. cit.; art. 1 testo unico, inf. sul lav.; legge sui probiviri); « commessi » (art. 1 ultimo comma, t. un. cit.). E cioè, non abbiamo per lo più termini estensibili a qualunque caso di locazione d'opere, ma limitati alle categorie di lavoratori cui la tutela singolare della legislazione sociale si applica.

Più generalmente estensibile è invece la terminologia a proposito della locazione d'opera. Infatti negli art. 1629-1646 noi troviamo che il locatore d'opera (lavoratore autonomo) è chiamato coi termini « artefice », e « imprenditore »; il conduttore d'opera col nome « committente ». E tale terminologia mi sembra chiarissima; perchè colpisce proprio le linee fisionomiche del rapporto. Si noti che « artefice » e « imprenditore » sono due sinonimi, nonostante l'art. 1642 sembri dissociarli: ma ricorderò che la scrupolosa esattezza terminologica non è proprio nei codici nostri che possiamo trovarla!

Quest'ultima terminologia per la *locatio operis*, dicevo, è veramente chiara ed esatta ¹⁾. Osservo che ricorre tanto per la locazione di opere, come per quella di opera la parola « imprenditore » (su cui ancora appresso) ²⁾; nell'ultima a indicare il debitore del lavoro (locatore di opera), nella prima per indicare il creditore delle opere. In ambo i casi è chiaro il riferimento alla struttura economico-giuridica dei due tipi di contratto; nella locazione d'opere l'imprenditore è il signore dell'azienda cui il lavoratore è subordinato; nella locazione d'opera è pure il signore dell'azienda che ha promesso un risultato di lavoro al committente. Di questa terminologia, sanzionata dal Codice, farò largo uso.

¹⁾ Il CARNELUTTI, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 23, trova preferibili per la locazione d'opere appunto i termini « imprenditore » e « lavoratore », terminologia « non priva di un certo sale ». Il sale non manca, ripeto, perchè coglie pienamente la struttura economico-giuridica. Ma non sono termini sempre generalizzabili nell'uso pratico, dato il più limitato concetto pratico ed economico (come vedremo) dell'« impresa ».

²⁾ Cfr. n. 220.

211. La distinzione tra locazione di opere e di opera, così come è stata sopra indicata, risponde a una profonda e reale differenza di situazioni economiche ¹⁾, e perciò giuridiche, per ciò che riguarda le svariatissime applicazioni del contratto di lavoro: è la differenza che passa tra l'elaborazione di un risultato a rischio e con criteri direttivi dell'elaboratore, o del contraente a cui il risultato del lavoro è destinato. È perciò verissimo, come afferma lo Dniestrzanzki, che la linea di separazione tra i due contratti non debbesi cercare sul terreno meramente astratto dei concetti giuridici, ma specialmente nell'atteggiamento sociale ed economico del rapporto di lavoro; non si tratta qui di una distinzione che sia il frutto di un'operazione di astratta e rigida matematica giuridica. È, prima di tutto, una differenza nell'aspetto economico dei due istituti ²⁾. Il che vuol dire (questo nega invece recisamente quello scrittore) che è una differenza reale, necessaria, e che risponde ai due diversi bisogni del lavoro dipendente e del lavoro indipendente. Ma non si dirà per questo che la differenza non ha importanza giuridica. Appunto per la sua grandissima portata pratica, è logico che ne risenta anche il trattamento giuridico dei due istituti, i quali ne ricavano un'ossatura profondamente diversa; benchè si possa fino ad un certo punto, col lavoro talora utile della generalizzazione, astrarre da ambedue taluni principi generali, che, appunto per questa loro generalità, vengono a combaciare. Ha torto quindi lo Dniestrzanzki di opporsi alla dottrina assolutamente dominante e di salutare con piacere l'opera modificatrice del codice austriaco, che non distingue (secondo l'autore succitato) i due rapporti. Nei limiti che la dottrina comune colloca tra questi due istituti si era fatta più di una breccia, pensa lo Dniestrzanzki; la dottrina e la pratica si trovano a disagio, con questa distinzione romanistica che impallidisce oggi, travolta dal poderoso movimento evolutivo che si è fatto nel « lavoro ». E la legge ha fatto bene a ristabilire l'unità concettuale ³⁾ dei due istituti nell'istituto unico del « contratto di mercede ».

¹⁾ Si capisce quindi come molti economisti facciano buon viso a questa distinzione. Ad es. il PHILIPPOVICH, *Grundriss*, cit., p. 113, 129, dà all'autonomia o subordinazione una grande importanza. Cfr. pure SCHMOLLER, *Principes*, IV, p. 13.

²⁾ In ciò conviene anche il CARNELUTTI, in *Rivista di dir. pubbl.*, 1909, II, 18. Veramente il LOTMAR, cit., II, p. 893, esclude che nel Codice civile i contratti si differenzino per diversità nelle posizioni economiche delle parti. Che alcune regole siano indipendenti dalla considerazione dell'utilità di uno o di tutte e due i contraenti è vero, e ce lo prova l'art. 1224. Ma quella asserzione così lata non mi sembra davvero fondata; e ad ogni modo potrà avere qualche valore limitatamente all'assunto del LOTMAR, che nega la locazione d'opera presupponga il concetto rigidamente economico dell'impresa. Su ciò appresso.

³⁾ Vagheggiata anche dall'ENDEMANN, *Jahrb. f. Nationaloek.*, 1896, p. 706. Cfr. sopra, p. 307.

Ma nel senso propugnato da questo scrittore si è più recentemente venuta ad aggiungere l'autorità del Lotmar, il quale impernia tutta la sua trattazione, così fondamentale, sul rigetto della vetusta distinzione tra locazione di opere e di opera, alla quale ha sostituito come distinzione principale e basilare quella di cui noi discorreremo appresso tra lavoro a tempo e a cottimo. Tutto il secondo volume del trattato del Lotmar costituisce un raggruppamento delle norme che disciplinano il contratto di lavoro polarizzandole intorno a questi due centri: lavoro a tempo e lavoro a cottimo ¹⁾.

In realtà al Lotmar è assolutamente sfuggita l'importanza fondamentale della differenza tra lavoro subordinato e autonomo. Questo scrittore, escludendo vari criteri differenziali, finisce, come s'è detto, col trovare che in realtà la romanistica teoria della *locatio operarum* e *locatio operis* coincideva con quella che è per il Lotmar la classificazione vera; cioè la *locatio operarum* non era che lavoro a tempo, la *locatio operis* lavoro a cottimo ²⁾. Invece questa coincidenza, cioè identità, non si avrebbe riguardo alla distinzione del cod. civ. germ. tra « contratto di servizi » e « contratto d'opera » (*Dienstvertrag*, *Werkvertrag*); in quanto se il primo è sempre lavoro a tempo, il secondo può essere lavoro a cottimo o anche a tempo ³⁾. Trascuro qui, per ora, di esaminare nei dettagli questo concetto, che non riguarda se non il codice germanico.

Questo concetto del Lotmar, che in sostanza non ammette se non la distinzione di cui discorreremo nel paragrafo seguente, è stato accolto da più d'uno con entusiasmo. La vecchia distinzione romanistica era apparsa ancora involuta nella scorza delle sue origini storiche, non se ne era da molti afferrata la ragione intima; non s'era perciò visto quanta luce ancora oggi da quella distinzione, intesa con occhio moderno, promani. Chi poi ne aveva capita l'anima aveva trovato anche che la distinzione era in pratica molto difficile. Il Groussier ⁴⁾ ad es., sostiene che pecca per scarsa praticità, che complica anzichè spianare la via al giurista; perciò vanta esso pure il criterio differenziale del lavoro a tempo e a cottimo, facilmente applicabile in pratica. E anche più lirico è l'inno di lode levato dallo

¹⁾ Il CARNELUTTI, che pure nel luogo cit. afferma, ed esattamente, la distinzione come l'intendiamo noi, nella *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 437, scriveva che è questa una distinzione solo storica, non vera oggi, in cui la differenza si sposta dall'oggetto del lavoro alla mercede. Non so se sia stata questa la momentanea impressione della lettura dell'opera capitale del LOTMAR.

²⁾ *Arbeitsvertrag*, II, p. 920, sg.

³⁾ Op. cit., II, p. 862 sg.; 875 sg. Il cottimo, secondo il LOTMAR, coincide col « contratto d'opera » (locazione d'opera) se si riferisce ai bisogni privati del creditore del lavoro.

⁴⁾ In PERREAU et GROUSSIER, *Le contrat de travail*, p. 81.

Sinzheimer ¹⁾: il Lotmar, dice questo ammiratore, ci ha liberati finalmente dal giogo della tradizione romanistica, che ha costretto tutto il diritto del lavoro nelle due categorie della *locatio operarum*, e della *locatio operis*, e ci ha dato i concetti che abbracciano il mondo reale del moderno lavoro.

Ma il mondo reale del lavoro d'oggi è proprio tutto pervaso dalla vecchia distinzione romanistica ²⁾, e si vendica esaltando sempre più quello che era il nocciolo fondamentale di essa: me ne rincresco per coloro che sogliono erigere sistematicamente una barriera, anche questa è una moda come un'altra!, tra quel diritto immortale e la società in cui oggi viviamo. E a buon conto non sarà male notare come l'entusiasmo dello Sinzheimer si raffreddi alquanto, laddove assoggetta l'idea del Lotmar a non poche critiche, concludendo che se non è idea perfetta, è però fino ad oggi il migliore tra i vari criteri differenziali proposti: compito della scienza sarà trovarne uno migliore.

Ripeto che il Lotmar si è proprio allontanato dalla realtà dei fatti economici ³⁾, creando un orientamento che ha certo la sua importanza (e infatti anche noi l'abbiamo accolto), ma che non può affatto sostituirsi interamente a un altro che è anzi, per me, un orientamento anche più fondamentale. Io credo perciò non difficile dimostrare che anzitutto non hanno fondamento le obiezioni formulate contro il criterio da noi accolto; e in secondo luogo che esso ha una grande portata sociale ⁴⁾.

¹⁾ In *Archiv für das bürgerl. Recht*, XXXIV, p. 316. Si tratta di una elaborata recensione dell'opera del LOTMAR.

²⁾ Nel senso da me propugnato (oltre alle citaz. sopra p. 599, note 1, 3) cfr. pure LÖNING, in *Handwörterbuch d. Staatswissenschaft*, V.º *Arbeitsvertrag*, I, pag. 742; OPET, *Das Theaterrecht*, p. 162, sg.; LÖWENFELD, nei cit. *Gutachten*, X, p. 70-71. Quanto alla coincidenza della nostra locazione d'opere colla *locatio operarum* ricordo che JANNACCONE, in *Archivio giurid.*, LIII, p. 155, l'ha negata perchè il contratto di lavoro odierno (la nostra locazione di opere) è più lato di contenuto, ha limiti estensibili fin che si vuole: non tutto sarebbe contenuto nella *locatio operarum*. Nel contratto di lavoro oltre alla locazione di opere vi sarebbe cioè un altro contratto « per cui l'imprenditore promette di tenere indenne » il lavoratore. Che la responsabilità per infortuni, per l'art. 1124, sia oggi già meglio regolata non è però che un incidente: quello che importa è l'identità del criterio sostanziale di differenza.

³⁾ Lo SINZHEIMER pare invochi la sostituzione legislativa del lavoro a tempo o a cottimo, a quella tra locazione di servizi o d'opera (op. cit., p. 321). È certo ad ogni modo che le critiche del S. al LOTMAR sono fondate; è giusto sempre che il creditore del lavoro per gli affari propri sia sottoposto a condizioni più dure che per il lavoro promessogli per il suo privato consumo? Per il L. se un modesto artigiano che non può tenersi un impiegato dà i suoi registri da tenere a un ragioniere che lavora a casa sua ed è pagato a un tanto per pagina, l'artigiano è soggetto alle regole più dure della locazione di opere perchè è un cottimo per i suoi affari.

⁴⁾ Viceversa lo SINZHEIMER trova che « la contraddizione tra l'ordinamento

Un primo errore del Lotmar fu l'aver creduto che la distinzione tra locazione di opere e di opera non sia universale, e cioè ad essa sfuggano alcuni casi di contratto di lavoro. L'errore fu determinato dal non aver colta di quella distinzione la ragione sostanziale: non è possibile infatti che chi lavora per altri non lavori in modo autonomo, o subordinato; è questo un dilemma che ci stringe nelle sue morsa. Che vi sia una zona grigia tra le due ipotesi non toglie che in realtà un confine vi sia: e infatti se passiamo in rassegna i tipi contrattuali che per il Lotmar non sono nè locazione di opere nè quella di opera vediamo l'esattezza di quanto asseriamo. Prescindo dalla mediazione, che, come s'è visto ¹⁾, non è nel suo tipo puro contratto di lavoro. Ma lo sono, e sono precisamente locazione d'opera, il mandato retribuito, e il deposito retribuito: pel primo in particolare abbiamo constatato la autonomia del mandatario ²⁾, e autonoma è pure di regola l'attività del depositario, a cui si affida l'altra parte; qui è eminente l'autonomia, nel senso che se il depositario dovesse sottostare ai criteri direttivi e alla vigilanza dell'altra parte avremmo un contratto affine (sempre contratto di lavoro), ma non il contratto nominato di « deposito retribuito » ³⁾. E così il trasporto marittimo (che è, come il terrestre ⁴⁾, vera locazione d'opera); così altri ancora. Il concetto del Lotmar evidentemente è che basti che un dato tipo di contratto di lavoro sia particolarmente disciplinato da una legge, che abbia un nome suo proprio, e che sussista per le parti, specie per il lavoratore, una particolare posizione professionale perchè il contratto sia sottratto alla nostra distinzione. L'aver trascurato il criterio sostanziale da noi propugnato ha condotto il giurista tedesco a fermarsi a criteri superficiali: se un contratto di lavoro ha propria disciplina, non coincide dunque, pensa, con i due tipi « locazione di servizi » e « locazione d'opera » che hanno una disciplina a parte ⁵⁾. Cosicchè se la particolar disciplina del contratto tace, non si dovranno già applicare le norme di questi due tipi, ma dei contratti in generale. Posto quel punto di partenza erroneo, questa conseguenza, così praticamente importante, è sicura, benchè non ammissibile a mio avviso ⁶⁾.

giuridico e i fatti economici, tra i concetti tradizionali e le forme viventi del commercio giuridico raramente è così spiccata come qui ». Cit., p. 316.

¹⁾ Contro il principio cui io aderisco cfr. CROME, *Partiar. Rechtsgesch.* cit., p. 71; 150, sg.; ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 1088.

²⁾ Cfr. sopra, p. 289.

³⁾ Non convengo in ciò col COSACK, *Lehre d. bürgerl. Rechts*, I, § 154, che ritiene vi sia qui una locazione d'opera.

⁴⁾ Su ciò cfr. l'esauriente e acuta trattazione dell'ASQUINI, cit., p. 18, sg.

⁵⁾ Cfr. specialmente a pag. 288, nota 2, del vol. I.

⁶⁾ Perciò, ad es., dove il cod. comm. tace (e tacciono gli usi) circa il contratto

Ancora: il Lotmar ci oppone una specie di ὑστερον πρωτερον. Noi, cioè, faremmo un criterio differenziale, per sapere se vi sia locazione di opere o di opera, di quello che non sarebbe se non un effetto giuridico del contratto, la cui sussistenza o no presuppone già dimostrato se si tratti dell'una o dell'altra forma di contratto. Si allude con ciò in sostanza al diritto di direzione. Ora: è verissimo che il criterio differenziale non può essere ricercato puramente nella natura degli effetti giuridici ¹⁾: questo sarebbe un evidente errore logico. Ma in realtà qui non si tratta tanto del diritto di direzione in sè, quanto della volontà diretta ad assegnare all'una anzichè all'altra parte la gestione di lavoro, quindi anche la direzione (cioè la subordinazione del lavoratore) o l'autonomia di quest'ultimo ²⁾. Si risale dunque proprio all'atto creativo degli effetti giuridici, e, come già sopra abbiamo notato, è questa la via da battere. Ora, la volontà di concedere al lavoratore autonomia o subordinazione può essere espressa: ma il più delle volte sarà un'efflorescenza dell'ambiente economico in cui il contratto è stipulato: se si tratta di un operaio di fabbrica si sa che vi è subordinazione; se di un artista o un professionista, che vi è per lo più autonomia ³⁾. Ripeto: pel tipo generalissimo « contratto di lavoro » potrà anche essere indifferente a chi la gestione del lavoro spetti ⁴⁾, ma non per la ulteriore determinazione della sottospecie del contratto di lavoro. Che poi la facoltà di direzione sia talora limitata, o affidata a terzi vedremo che nulla toglie alla verità sostanziale del criterio differenziale ⁵⁾.

Altre obiezioni del Lotmar hanno pure un valore molto relativo. Non importa ad es. che il nostro criterio non risulti espressamente

di trasporto, per me si applicheranno le regole della locazione d'opera nel Cod. civile: dove, tra l'altro, è pure parola del trasporto dei vetturini.

¹⁾ LOTMAR, op. cit., II, p. 827; e sopra, p. 696, nota 1.

²⁾ Cfr. pure BRINZ, *Pand.*, II, 762.

³⁾ Non capisco l'obiezione, a questo punto, del LOTMAR (cit., II, p. 828, n. 1), il quale ammette che per tal modo l'errore logico sia evitato: ma che ciò non corrisponde al Codice civile, che colloca nella « locazione di servizi » casi in cui la direzione non ispetta al creditore. Questo non è certo vero per il Cod. civile; e dubito lo sia pel Cod. ted., in cui la sussumibilità in quel contratto di prestazioni d'ogni genere va pur sempre temperata colla necessità del presupposto tipico, per me, della locazione d'opere.

⁴⁾ LOTMAR, cit., I, p. 93.

⁵⁾ Si intende del resto che in tanto la direzione spetta al creditore del lavoro in quanto il lavoro sia a lui subordinato; sono due concetti inscindibili, benchè il LOTMAR ne discorra separatamente (op. cit., II, 858, sg.). In fondo è per la varietà grande nell'intensità di applicazione di questa facoltà direttiva nel creditore delle opere che più d'uno ha finito collo smarrirne il senso dell'importanza grande, fondamentale, facendone un elemento variabile e accessorio, determinato variamente dalle clausole contrattuali. Cfr. ad es. SCHMITT, cit., p. 341, che perciò appunto combatte il criterio nostro; e lo stesso LOTMAR.

dal Codice: vedremo quanto invece sgorghi attraverso alla legislazione sociale, che ne è pervasa. Tocca all'interprete, appunto, a rilevare questa che è la ragione sostanziale per differenziare i due tipi di contratto di lavoro. Del resto l'art. 1627 non mi sembra, poi, così laconico in proposito. Esso menziona la locazione di lavoro « per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio » (cfr. art. 1628); parole che a mio avviso (chechè se ne sia pensato nella Relazione Ministeriale al prog. Chimirri sul contratto di lavoro, che or ora ricorderemo) implicano pure il rapporto di subordinazione che sposta il centro direttivo e responsabile della gestione nella persona cui è destinata la prestazione di lavoro (cfr. n. 228). E d'altra parte ricorda la locazione di lavoro « degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo », dove l'autonomia del lavoratore è chiaramente affermata; lasciamo andare l'apparente sinonimia tra appalto e cottimo, su cui torneremo più avanti. È vero che l'art. 1627 discorre anche di una locazione di lavoro « dei vetturini sì per terra come per acqua ». Ma la dottrina è ormai pacifica nel senso che qui vi sia una ridondanza legislativa (di cui non è necessario esaminare le ragioni storiche) che non vela affatto la realtà, cioè la sussumibilità di questo nel terzo tipo ivi elencato ⁴).

212. Escluse queste obiezioni (in altre ci imbattemmo lungo il corso della trattazione) ci rimane a luneggiare l'importanza sociale della nostra distinzione così come noi l'intendiamo. In sostanza è ben differente la posizione sociale di chi subordina il proprio lavoro agli altrui criteri direttivi, non assumendo i rischi del raggiungimento del risultato, in confronto a chi è signore del proprio lavoro. Questi è il centro della gestione di lavoro; quello invece non è che una ruota nel congegno più o meno complesso imperniato nell'altra parte. È chiaro che questo rapporto di subordinazione, quando la natura del lavoro (prevalentemente manuale: su ciò appresso) accentui in modo particolare quella subordinazione, può in pratica condurre ad abusi a danno del lavoratore, che non si verificano pel lavoratore autonomo. Di qui le preoccupazioni costanti, oggi, del legislatore per quella categoria di lavoratori sotto forma di una legislazione sociale intesa a temperare gli effetti di quel dominio sul lavoro altrui, che può degenerare in uno sfruttamento illecito. E tutto ciò, cioè in sostanza il germe della cosiddetta questione sociale, è proprio nell'antitesi che

⁴) È dunque, a mio avviso, affatto gratuita l'asserzione dell'ENDEMANN. in *Jahrbuch. für Nationalökonom.*, III, 1896, p. 680; per cui il *Code civil* nell'art. 1779 non distinguerebbe, nelle sue tre categorie, la locazione di opere da quella di opera, cioè, parafrasa l'ENDEMANN, la locazione che ha per oggetto la persona da quella che riguarda la prestazione di lavoro. Già questo criterio differenziale, che si pretende romanistico, è affatto erroneo. E poi erronea è quell'asserzione.

sta a base della distinzione così come noi la concepiamo, e si capisce: si può dare che chi per godere una cosa altrui la detenga, ne abusi; mentre se vi è chi gode una cosa altrui detenuta pur sempre dal proprietario (s'è visto che questa è sempre locazione), un abuso della cosa non è possibile nell'utente. Il lavoratore subordinato che non si affermi e non reagisca per la natura elevata delle sue mansioni, tali da diradare il numero dei possibili suoi concorrenti al posto da lui occupato, e da rinforzare l'offerta di lavoro in confronto alla domanda, corre rischio di essere facile preda dell'enorme ingranaggio di cui non è che un elemento infinitamente piccolo.

Ecco dunque perchè la legislazione sociale non si preoccupa del lavoro autonomo. È anzi notevole come non solo l'artigianato, che è lavoro autonomo, sfugga assolutamente alle leggi protettive del lavoro ¹⁾, ma, inoltre, questo concetto sia così rigidamente applicato da escludere quasi sempre dalla tutela di quella legislazione anche certe forme umili di lavoro materiale, ma autonomo. Alludo al lavoro a domicilio, che per me (lo vedremo a suo luogo) è lavoro autonomo ²⁾; un argomento questo molto grave e molto doloroso, appunto per la difficoltà di una sufficiente tutela. Del resto le più recenti leggi o progetti di legge sul lavoro si limitano in prevalenza (salvo quanto ai codici) al lavoro subordinato ³⁾.

Non vi ha dubbio, soprattutto, che la legge sugli infortuni, come ora s'è visto, è limitata al lavoro subordinato: basta citare il rapporto tra gli operai « addetti » a una delle aziende designate dal testo unico, e il capo dell'impresa, cioè di questa azienda (art. 1, pr., 3) « in nome ⁴⁾ o per conto del quale l'impresa è condotta » (art. 9 Regol.

¹⁾ L'artigianato gode ancor oggi l'antica libertà di usare e sfruttare a piacere il lavoro proprio; cfr. SCHMOLLER's *Jahrbücher*, XXIII (1899), p. 1363.

²⁾ L'art. 2, n. 1 del testo unico sugli infortuni sul lavoro comprende solo chi « è occupato nel lavoro fuori della propria abitazione ». La legge sui probiviri, art. 7, riguarda però anche i lavoratori a domicilio. MARCONCINI, *L'industria domestica a domicilio* (1914), p. 372 sg.

³⁾ Così la legge belga, all'art. 1 si riferisce all'operaio « qui s'engage à travailler sous l'autorité la direction et la surveillance d'un chef d'entreprise ou patron ». Il progetto italiano CHIMIRRI del 26 novembre 1902 all'articolo 1 si limitava ad adottare la terminologia del Codice (lavoratore manuale che « si obbliga al servizio di un imprenditore o padrone »). Cfr. la Relazione ministeriale, p. 7. Ma fu intesa quest'espressione come sinonimo di lavoro per altrui utilità, indipendentemente quindi da una subordinazione. Su ciò ancora appresso. Quindi avrebbe compreso, ad es., anche il lavoro a domicilio (non mi pare del resto che nella Commissione fosse chiara la visione di questa estensione). Anche il progetto francese elaborato nel 1906 dalla *Société des études législatives*, escludendo il nostro criterio della subordinazione, estende la tutela anche al lavoro a domicilio, che non rientra nel « *contrat d'entreprise* ». Tutti e due però questi progetti, si noti, non divennero legge!

⁴⁾ Cfr. ROSIN, op. appr. cit. Cfr. Cass. Napoli, 20 genn. 1912, *Contr. lav.*, 1912, 35.

relat.). Qui è più che mai chiara la dipendenza da un capo in cui si accentra la gestione di lavoro ¹⁾, dipendenza che del resto è espressamente ricordata altrove: es. art. 102, Regol. relativo. Del resto la struttura ad impresa del lavoro autonomo, che scarica sul lavoratore i rischi, male si concilierebbe con un accollo al creditore del lavoro del rischio degli infortuni. Invece questa teorica incompatibilità non si affaccia a tutta prima per la competenza dei probiviri. Questa riguarda le contese tra « gli imprenditori e gli operai » (art. 1 legge relat.). Ora nulla di strano che la competenza sia estesa alle controversie tra capi di aziende e i lavoratori autonomi con piccole imprese proprie (scarsi mezzi e lavoro materiale personale); socialmente ciò risponderrebbe alla ragion d'essere di questa particolare giurisdizione. In questo avviso mi conforta il riferimento esplicito della legge (art. 7) al lavoro a domicilio. Ma credo che questo sia, in realtà, l'unico caso veramente importante di lavoro autonomo compreso in questa giurisdizione speciale: la voce « operaio », usata dalla legge, si accorda male con l'idea di lavoro ad impresa; tanto più data la designazione dell'altra parte con i vocaboli di « imprenditore » e « industriale » ²⁾. La limitazione al lavoro subordinato si riscontra nella legge sul lavoro notturno: il « far lavorare » di cui all'art. 1, data anche la natura del lavoro, mi pare non possa alludere che al lavoro subordinato. Lo stesso è a dire quanto all'espressione « chiunque

¹⁾ Così pure secondo la *National Insurance Act*, del 16 dicembre 1911, per cui l'assicurazione è solo facoltativa per chi lavora per conto proprio con meno di 4000 fr. di rendita. Cfr. ROSIN, *Arbeiterversicherung*, I, p. 152; AGNELLI, op. cit., pag. 38 sg. L'art. 3, testo unico inf. sul lav. comprende nell'assicurazione anche gli operai cottimisti. Ma è chiaro (basta la designazione di « operaio ») che qui si allude al cottimo come lavoro non autonomo. Aggiungo, a rinforzo, che il cottimista deve lavorare « fuori della propria abitazione » (art. cit.). Ora, qual'è quell'« operaio » (si badi: si esclude con ciò il lavoratore che ha la capacità tecnica e finanziaria di assumere la gestione di un lavoro autonomo) quell'operaio che si permette il lusso di avere un'officina propria, fuori dalla propria abitazione, e distinta da quella del creditore del suo lavoro? Del resto tutta la giurisprudenza è in questo senso. Cfr. Pretura Poppi, 11 agosto 1905, *Contr. lav.*, 1906, 84.

²⁾ In questo senso mi sembra la giurisprudenza costante dei probiviri. Così in un caso di cui in *Boll. Uff. Lavoro*, 1912, p. 633. Veramente il REDENTI nel suo *Massimario*, già cit., p. 175, estende il beneficio della legge al cottimo, anzi al cottimo-appalto, cioè alla *locatio operis*. Mi nasce però il dubbio che il REDENTI tenda a generalizzare il lavoro autonomo a cottimo a casi in cui mi pare evidente che di lavoro autonomo non si possa discorrere. Infatti le sentenze che raccoglie si riferiscono tutte all'edilizia, e probabilmente all'arte muraria. Ora, se si tratta di rapporti tra imprenditore e muratori, il lavoro è certamente subordinato, anche se a cottimo. Aggiungo, a rincalzo di quanto è nel testo, che l'art. 7, legge probiv., distingue solo il lavoro fatto nella fabbrica o nello stabilimento o nel cantiere in genere dell'impresa, dal lavoro a domicilio: ora se si pensi che il primo genere di lavoro è normalmente subordinato (cfr. appr.) non parrà infondata l'opinione espressa nel testo.

impieghi donne di qualsiasi età o fanciulli..... in lavori.....», del testo unico di legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli; e all'espressione « Gli imprenditori e i direttori di aziende industriali..... debbono dare alle persone..... occupate nelle aziende stesse » della legge sul riposo festivo. Io non concepisco come praticamente si possa in questi casi dare lavoro autonomo. Certo è che se ad. es. un industriale affittasse nel suo stabilimento un locale a un lavoratore autonomo a servizio esclusivo dell'industriale la legge non comprenderebbe questo lavoratore, che può, signore del lavoro, attribuirsi quei riposi che crede opportuni. Anche la legge sulla pignorabilità delle pensioni non comprende che impiegati, ecc. nei servizi dipendenti dalle Amministrazioni elencate nell'art. 1 della legge. Cfr. pure la legge 13 luglio 1910, n. 414 che estende questa tutela agli « operai dipendenti dallo Stato » (art. 1) ¹⁾.

Viceversa l'art. 13 del testo unico di legge sulla Cassa Nazionale di previdenza comprende anche i lavoratori manuali per conto proprio, e s'è visto che probabilmente qui si allude a lavoratori autonomi ²⁾.

In conclusione la migliore confutazione di questa opinione del Lotmar, che è, per il periodo storico che attraversiamo, assolutamente prematura, ce la offre la pratica della vita, da cui si rileva che nella attitudine economica e sociale del lavoro esiste invece la differenza che si rifiuta giuridicamente. Ora, come potremo affermare l'importanza sociale ed economica di un istituto, di un atteggiamento, e poi negare al legislatore e al giurista la necessità di studiarlo sotto l'aspetto giuridico? Quest'opera di analisi è una necessaria, ineluttabile conseguenza di quell'importanza dal lato economico, è superiore allo stesso silenzio del legislatore e dello scienziato! Nella vita quotidiana è innegabile l'utilità e l'importanza di questi due atteggiamenti del lavoro: il lavoro che si compie nella sfera d'attività del destinatario perchè questi abbia a utilizzarlo per il raggiungimento dei suoi scopi; e d'altra parte il lavoro indipendente e compiuto entro la sfera d'azione di chi se lo è assunto: qui manca al committente il rischio del lavoro, quindi la facoltà di dare all'attività del lavoratore quell'indirizzo che egli creda opportuno per il raggiungimento del risultato.

Quello che importa è che questa distinzione è praticamente innegabile: e ce ne dà la prova lo stesso Lotmar, a cui spesso tocca lasciar

¹⁾ Cfr. pure il privilegio sul salario dei domestici (art. 1956, n. 4), e degli operai del fallito (art. 773, p. 1, Cod. comm.).

²⁾ Cfr. sopra, p. 59, nota 1. Anche la legge sulla risicoltura, 16 giugno 1907, num. 327 (art. 11 sg.) non concerne che « persone impiegate » nei lavori delle risaie: e del resto vi si discorre, come s'è visto, di « conduttori d'opera », che allude proprio alla locazione d'opera.

da parte la sua dicotomia, per venire proprio alla nostra: troppe regole variano, per le due forme contrattuali, appunto in ragione della fondamentale differenza da noi propugnata¹⁾. E prescindendo qui dalle assurde conseguenze che la teoria tutta propria del nostro scrittore autorizza, appunto per aver perso di vista il nostro concetto: se un direttore di fabbrica manda un elettricista dello stabilimento a riparare in casa propria i campanelli elettrici, essendovi secondo il Lotmar locazione d'opera, mentre nello stabilimento vi sarebbe locazione di opere, sarebbero applicabili le regole presupponenti quella che è per me l'autonomia del lavoro: cioè il direttore non sarebbe affatto responsabile di un incidente toccato all'operaio. Tutto questo è ben lungi dall'equità e dalla realtà! ²⁾.

213. A tutta prima il criterio di differenziazione tra i due contratti, come l'abbiamo esposto, sembra per la sua limpidezza dover tagliar corto a ogni discussione e a ogni dubbio su questo argomento. Eppure non di rado può non essere a tutta prima agevole in pratica il distinguere l'una forma dall'altra³⁾. La ragione sta in ciò, che oggi quei due rapporti non compaiono che raramente nelle loro forme primordiali più semplici, così come il criterio s'annunciato li indica. I bisogni molteplici di una vita quotidiana febbrile, come l'odierna, ha insinuato in ognuno di essi alcuni elementi, direi quasi perturbatori, per questo che turbano la semplicità del tipo, e fanno di quei rapporti non di rado qualcosa di indefinibile e di ibrido. Però un esame attento ci deve far scorgere subito verso quale dei due tipi semplici il rapporto, nel caso concreto, propenda.

In generale bisogna avvertire che la difficoltà maggiore sta nel decidere a chi spetti la direzione del lavoro. La cosa è chiara per un manovale, ma diventa sempre più complessa e ardua più il lavoro si raffina, sino a diventare un lavoro prevalentemente intellettuale, per quell'intima ripugnanza che è propria dell'intelletto a subire le pastoie della volontà altrui o dell'altrui pensiero⁴⁾. Siccome va escluso che questo lavoro intellettuale sfugga alla locazione di opere, come si può, a tutta prima, ammettere che questo lavoratore sia un istrumento, e

¹⁾ Così a proposito del tempo di lavoro: può parere qui a tutta prima indicato il distinguere il tempo come durata del lavoro, dal tempo di consegna del risultato del lavoro, facendo coincidere questa colla dicotomia del Lotmar. E invece no: il secondo si riferisce solo al cottimo con autonomia di lavoro (op. cit., I, pag. 471).

²⁾ Cfr. pure SINZHEIMER, cit., p. 320, da cui tolgo, anzi, l'esempio. Lo S. fa delle riserve sulla pratica attuabilità del criterio del Lotmar.

³⁾ Perciò a questa teoria fu rimproverata l'indeterminatezza e l'elasticità. Cfr. ABELLO, cit. III, p. 26.

⁴⁾ Cfr. ROSIN, *Arbeiterversicherung*, I, l. cit. La subordinazione è tanto più sensibile, come vedremo, quanto più il lavoro è materiale.

un strumento in un certo senso passivo, che presta le proprie attitudini fisiche e intellettive perchè l'altra parte le abbia a plasmare e dirigere e indirizzare come essa intende? E non occorre ripetere quanto la difficoltà aumenti se si deve guardare alla differenza tra prestazione di lavoro e di un risultato di lavoro.

Vi è un punto in cui le due forme sembrano combaciare, e il discernere l'una dall'altra, lo statuire dei limiti determinati può sembrare cosa ardua. Prendiamo ad esempio il direttore di una società commerciale. È proprio qui che si avverte quanto imperfetta sia, in sé sola considerata, la consueta teoria discriminatrice che sopra abbiamo combattuto. Partendo da essa che cosa prevale in questo caso? Il lavoro in sé, considerato come quantità determinata di energie di lavoro che il direttore pone a disposizione del Consiglio di amministrazione, rappresentante la Società, oppure il lavoro considerato nel suo risultato? Il dubbio nasce da ciò, che il direttore di una società di vasta importanza commerciale occupa, o meglio sembra di primo acchito occupare una posizione quasi indipendente in quanto ha una somma di cognizioni proprie, un'esperienza fattasi in lunghi anni di lavoro, una propria autonoma azione; ha delle attitudini che non ha il Consiglio di amministrazione, il quale per una parte non irrilevante dell'attività del direttore deve rimettersi a quest'ultimo senza pretendere di governare l'opera a suo talento.

In realtà la difficoltà diminuisce se si dà alla « direzione », cioè alla subordinazione tecnica l'importanza che ha: di elemento di una situazione più complessa; se quindi si risale al criterio più lontano e sostanziale, e si esamina dove si accentri la gestione economico-giuridica del lavoro compiuto per altri. Nell'esempio ora ricordato è chiaro, ad es., che non si accentra nel direttore di una Banca, ma nella Banca e per essa nel Consiglio d'amministrazione, da cui perciò il direttore dipende ¹⁾: chi ha il rischio della gestione deve per necessaria conseguenza poter governare la gestione secondo i propri criteri ²⁾. E tanto basta; ma è tanto che basta perchè un rapporto di

¹⁾ In questo senso è addirittura esplicito l'art. 148 Cod. comm., che ritiene il direttore (estraneo o no alla società poco importa) « sottoposto all'autorità e alla sorveglianza degli amministratori stessi ».

²⁾ È un principio, questo, così intuitivo che non occorre mi vi soffermi. Chi ha il rischio deve avere la possibilità di diminuirlo (presumo sempre l'*homo oeconomicus*!), quindi di ovviare una situazione che, secondo i suoi criteri, può condurre a quei risultati. È quello che esprimono gli economisti quando, come ad es. il LEROY-BEAULIEU, *Traité*, I, p. 301 sg., osservano che il capitalista concorre in forma più durevole nella produzione e con rischi propri che l'operaio non ha, perchè il suo salario è (fino a un certo punto) indipendente dall'esito dell'impresa. Ed è un principio che fa parte del diritto comune, in un certo senso. Che l'imprenditore risponda verso i terzi del fatto dannoso commesso dall'operaio (art. 1153, 3°) si spiega con ciò, che

subordinazione col lavoratore si formi. E anche qui si è da molti frainteso: moltissime, quasi tutte le obiezioni mosse oggi alla romanistica locazione di opere, ancor oggi così palpitante di vita, sono derivate dalla non esatta comprensione della portata vera della « subordinazione » ammessa nell'una, esclusa nell'altra delle due forme che stiamo studiando. Il non averla ben intesa ha condotto alla controformazione di classificazioni da sostituirsi a quella fondamentale da noi accolta.

L'errore principale è stato quello di ritenere che la subordinazione tipica del contratto di lavoro implichi proprio un assoggettamento servile ¹⁾, cosicché alla costrizione della locazione d'opere rifuggirebbero ad es. certe prestazioni di carattere elevato. Invece questo rapporto di subordinazione va inteso in un senso che non è quello, letteralmente, delle antiche opere servili, ma un senso moderno e perfettamente compatibile coll'umana libertà e colla dignità del lavoratore, sebbene sia nel germe a quello ispirato. Ora, nelle pagine seguenti tenteremo la dimostrazione di questo assunto al lume sia della base contrattuale, come dei limiti intensivi di questo fenomeno della subordinazione.

214. Prima di tutto va rilevato che questa subordinazione ha per substrato la volontà delle parti, cioè ha base contrattuale; essendo uno stato liberamente voluto dal lavoratore, non è che un particolare atteggiamento del suo *status libertatis*; non vi è dunque neppur l'ombra di una supremazia quale può esser data, ad es., dal rapporto di sud-

il lavoro dell'operaio rientra nella sfera dell'imprenditore, che di fronte ai terzi l'ha assunto come proprio (GIANMARIA ORTES, citato dal COGNETTI, in *Bibl. dell'Econom.*, V, 2, p. LVI, ha una espressione energica, che troviamo anche nella letteratura giuridica: il lavoratore primario, imprenditore, dovrebbe essere esecutore, ma giovandosi di altri per l'esecuzione del lavoro continua ad essere esecutore colle mani degli operai). Perciò l'imprenditore ne ritrae vantaggio per sé, ne subisce i rischi, la guida e dirige come meglio gli sembra.

¹⁾ Qualcosa di simile, se non proprio un rapporto servile, ammette il BRENTANO, in *Bibliot. dell'Econom.*, S. III, 13.^o, p. 29, sg.: un rapporto personale, non puramente tecnico. E il CALUCI, *Teoria dello sciopero*, p. 12, lo segue, riconoscendo all'industriale un diritto assoluto sul lavoratore. Ma dove la brutalità del concetto di BRENTANO è insuperabile è nella sua opera già spesso citata *Arbeitseinstellungen und Fortbildung d. Arbeitsverhältniss.*, p. XVI, dove ricongiunge il rapporto di subordinazione al rapporto di signoria sugli schiavi: oggi lo schiavo è un uomo (l'interesse personale del guadagno è assai più efficace della coazione!), ma rimane un vero rapporto di signoria (Cfr. nel *Ferein f. Sozialpolitik*, XLX). Il concetto di una vera signoria ha avuto incremento talora nell'altro, da noi sopra confutato, del lavoro-merce. Si veggia ad es. l'URANGIA-TAZZOLI, *Nuovi orizz. del diritto* (1898), p. 55: dal concetto di lavoro-merce segna la padronanza sulla persona del lavoratore, un rapporto di vera signoria oggi ammessa, e che lo Stato deve disciplinare, regolando il contratto di lavoro sotto questo punto di vista. Cfr. pure MACLEOD, in *Bibl. Econom.*, III, 3 p. 739. All'opposto il GUYOT, *Conflicts du travail*,

ditanza verso lo Stato. Come dice benissimo il Cicu: « vi sarà una limitazione di libertà, ma, come in ogni contratto, essa ha causa nella libertà stessa individuale e cioè nella responsabilità ». Quindi i soggetti tra cui sussiste questo rapporto di subordinazione sono fondamentalmente su un piede di eguaglianza giuridica, con cui si concilia perfettamente la volontaria sottoposizione del lavoratore alla volontà futura dell'altro contraente.

In secondo luogo bisogna notare che questa subordinazione non afferra già tutta la persona del lavoratore come se quest'ultimo nelle attitudini fisiche, intellettuali e psichiche si debba intendere in balia dell'altro contraente. Già sopra abbiamo visto che il lavoro non è merce, e che il creditore non ha che un diritto di natura obbligatoria (un credito) puramente all'adempimento della prestazione. Nessuna presa, dunque, sulla personalità tutta quanta del lavoratore, e ciò, si noti, in virtù del rapporto contrattuale limitante nei confini qui segnati il vincolo di subordinazione; potrà a ciò concorrere anche il dovere di correttezza che, all'infuori di un contratto, gli uomini debbono osservare tra di loro e senza di cui non è possibile una con-

p. 4, nega all'industriale la benchè minima superiorità sul lavoratore che egli paga. Ora tra questi due estremi la verità sta nel mezzo: eguaglianza giuridica (contrattualità del rapporto!); ma una subordinazione tecnica dell'industriale sull'operaio. L'accusa di sociale incompatibilità col lavoro, che oggi è sempre libero fu fatta alla nostra teoria anche dall'ABELLO, cit. III, p. 26.

⁴⁾ *Il diritto di famiglia* (1915), p. 20. Io però non seguirei il CICU nello svolgimento ulteriore di questo principio eretto a elemento tipico del diritto privato. E, prescindendo da ciò, debbo osservare come io abbia chiamato proprio « subordinazione » lo stato in cui si trova il lavoratore debitore di opere di fronte all'altra parte, mentre secondo il pensiero dominante del CICU nella sua interessantissima monografia dovrebbe più esattamente discorrersi di una « limitazione di libertà personale », perchè appunto voluta dal soggetto passivo, connessa quindi con uno stato di libertà. Il concetto sostanziale del CICU mi sembra ad ogni modo esatto, e risponde a quanto è nel testo: nessun stato di soggezione fondamentale dell'operaio all'industriale come sarebbe quando la dipendenza fosse imposta da un potere superiore (come al suddito, come al figlio minore nella famiglia), ma una dipendenza che emana e presuppone anzi fondamentalmente uno stato di eguaglianza giuridica tra le parti (lasciamo qui da parte le accuse fatte all'odierno assetto economico di soppressione d'ogni libertà nel consenso dell'operaio proletario). E io credo, perciò, che il rapporto (che ho chiamato di subordinazione solo nel senso qui accennato, perchè parola chiara e comprensiva) sia proprio un rapporto molto complesso di obbligazione (cfr. CICU, cit., p. 88-89), vincolante il lavoratore a una quantità di prestazioni e, in genere, a un dato atteggiamento personale di adesione alla volontà unilaterale dell'atto contraente (cfr. su ciò lo stesso CICU, op. cit., p. 129). Ma, dato il lato mio concetto dello « stato » personale (cfr. le mie *Istit. di dir. civ.*, p. 48-49), io non esiterei a vedere nell'operaio l'impronta dello « stato di lavoratore subordinato », creato dal contratto, e a cui si riconnettono doveri e diritti suoi. Ma ciò non ha che scarsa importanza teoretica. Cfr. ancora appr., n. 215; e, per una affine teoria del REDENTI, il n. 228.

vivenza sociale, ma non è che questo dovere assorba la situazione: è vero anzi, caso mai, la possibilità del contrario, che cioè il limite contrattuale di subordinazione giuridicamente domini la situazione ⁴⁾. Cosicché la subordinazione in questione è strettamente limitata alla tecnica attuazione del lavoro ⁵⁾, ed è un'espressione ridondante quella pur così frequente, di coloro che sostengono l'industria afferrare tutta la vita dell'operaio che sarebbe preda delle immani organizzazioni industriali ⁶⁾. L'operaio è in condizione subordinata nel senso che deve piegarsi ai criteri direttivi del capo dello stabilimento ⁴⁾, alle consuetudini di tecnica ivi imperanti, ai metodi di lavoro che costituiscono i mezzi importanti di cui l'industriale si vale nella lotta di concorrenza che è tutta a rischio suo. Questo e non altro intende dire la nostra giurisprudenza, quando asserisce che la dipendenza presupposta ad es. dal testo unico di legge sugli infortuni è quella in virtù della quale « l'operaio presti al servizio dell'industriale tutta la sua attività personale... in relazione con la durata del lavoro, un'obbligazione di dare durante il periodo stabilito per il lavoro l'intera opera sua all'impresa... » ⁵⁾. Lasciamo andare la formula un po' troppo assoluta, che dobbiamo riferire alla fattispecie: perchè non è sempre necessario che un locatore di opere dia proprio tutta la sua attività a un creditore del lavoro ⁶⁾; se così fosse non si intenderebbe l'art. 102 Regolamento infortuni sul lavoro che riconosce operai avventizi assunti in servizio per frazioni di giornata. Quel che importa è la limitazione

⁴⁾ Da un punto di vista etico si potrà ritenere anche prevalente qui il dovere come uomo, anziché come contraente. Così ad es. l'ANTOINE, *Cours d'économie sociale*, pag. 353. Cfr. appr., p. 627, nota 1.

⁵⁾ Noto fin d'ora che questa subordinazione quanto al modo, al tempo, alla divisione del lavoro è l'unico vero sintomo che esclude l'autonomia della locazione d'opere. In senso contrario, ma senza sufficiente dimostrazione, cfr. ROSIN, cit., II, pag. 33.

⁶⁾ SCHMOLLER, op. e l. cit.

⁴⁾ Subordinazione professionale, come la chiama il DUTHUIT, *Vers l'organisation profess.*, p. 130, sg. Giuridicamente infatti è in gioco solo l'imprenditore; che egli adoperi capitali altrui può essere, ed è anzi la regola; e si potrà, fino a un certo punto, asserire cogli economisti che la direzione del lavoro spetta al capitale. Fino a un certo punto: perchè io non trovo esatta neppure economicamente questa espressione (la trovo, ad es., in LEROY-BEAULIEU, cit. I, p. 300, sg.), che disconosce la funzione eminentemente organizzatrice e responsabile dell'imprenditore. Cfr. SCHLOSS, in *Bibliot. dell'Economista*, S. IV, 1, p. 5: le funzioni di direzione del lavoro, nell'elaborazione della materia prima, rientra nell'attività organizzatrice dell'imprenditore. Ricordo, del resto, che questo concetto è sanzionato nelle leggi sociali del lavoro, che discorrono sempre, in antitesi col lavoratore, del capo dell'impresa o esercente dello stabilimento.

⁵⁾ Cassaz. Roma, 28 sett. 1911, *Foro it.*, 1911, I, 1308.

⁶⁾ E lo stesso errore in cui è caduta la Cassaz. Firenze, 27 giugno, 1910, in *Pir. dir. pubbl.*, 1910, II, 556, con nota del CARNELUTTI. Cfr. spec. appr. n. 228.

della dipendenza all'esecuzione del lavoro dovuto e entro il tempo dedicato al lavoro.

La conseguenza è, che ogni rapporto di subordinazione deve cessare quanto al lavoratore anzitutto per ciò che, sia pure entro i limiti del tempo assegnato al lavoro, non concerne strettamente l'esecuzione del lavoro. È anche vero che l'assorbimento dell'attività dell'operaio per parte della moderna industria è così intenso, da limitare parecchio l'importanza pratica di questa conseguenza.

Più importante sembra essere, invece, l'altra conseguenza, l'eliminazione della subordinazione nelle ore di libertà, non assegnate al lavoro: vedremo in altro luogo quando comincia e quando finisce lo stato diremo così di libertà del lavoratore, e quindi quando finisce e comincia il rapporto di subordinazione ¹⁾. Ma anche qui non è facile tracciare una barriera rigida e assoluta tra i periodi di lavoro e di non lavoro, quanto all'effetto della subordinazione. E anche qui, come pel torto e la ragione, vi può essere un fenomeno di compenetrazione o di esosmosi ed endosmosi dall'uno e dall'altro. Grazie al quale ci si può ad es. chiedere (e ognun vede l'importanza pratica di risolvere il dubbio in un senso o nell'altro), se possa essere, allo scopo della subordinazione, rilevante un fatto del lavoratore che direttamente concerne il periodo di libertà, ma può avere una notevole ripercussione sull'esercizio della sua attività di lavoro. Se si conclude, dalle premesse, in modo rigido, no; se si intende invece in un senso più lato questo come un fatto che, toccando l'esecuzione del lavoro rientra nell'orbita del nesso di subordinazione, sì ²⁾. E il dubbio è ragionevole, benché io creda più esatta la seconda soluzione, se però se ne fa uso con molto criterio e con molta equità: perchè si tratta nè più nè meno che di inquirere sulla condotta privata di un lavoratore, di penetrare proprio là dove il lavoratore può asserire con giusta fierezza la propria piena autonomia ³⁾. Principi assoluti non vi sono in proposito; ma in massima, se non sia contro equità rilevare un fatto che può avere

¹⁾ È noto che il problema può importare quanto a una conseguenza della subordinazione: l'eventuale responsabilità per infortunio.

²⁾ Il principio che la subordinazione non si estende alle ore di riposo fu naturalmente proclamato (cfr. *Boll. Uff. lavoro*, 1904, 758). Ma eccezioni furono ammesse anche per la tutela di un interesse proprio del creditore del lavoro e diverso da quello della buona esecuzione del lavoro. Così il Trib. comm. della Senna, 7 aprile 1904 (*Contr. lav.*, 1910, 143) ammise il divieto agli operai di frequentare osterie in cui possono trovare un concorrente dell'industriale. Sull'argomento ritornerò nel II volume.

³⁾ Nel *referendum* del LEWENSTEIN, (*Die Arbeiterfrage*, 1912) un operaio esce a dire: « Del salario sarai contento se non fosse la subordinazione, per cui io non posso più disporre liberamente del mio tempo... ». Qui veramente la critica dell'operaio mi pare non già rivolta al prolungarsi della subordinazione nelle ore di riposo, ma alla subordinazione in sè considerata.

grande influenza (magari per il pericolo del pubblico) quanto all'esecuzione del lavoro, quella seconda soluzione potrà anche imporsi ¹⁾).

215. Che la subordinazione sia limitata alla pura tecnica esecuzione del lavoro esclude oggi, adunque, la sussistenza tra le parti nel contratto di lavoro di un rapporto purchessia durante le ore del riposo, e, comunque, all'infuori del lavoro. Anche qui, però, troviamo in pratica un'attenuazione a questo principio che implica l'affermazione dell'assoluta autonomia dell'operaio fuori del lavoro. In un senso stretto il rispetto di questa autonomia condurrebbe a uno stato di reciproca assoluta indifferenza tra le parti: qui infatti il rapporto contrattuale non sussiste. Ma in realtà l'industriale, oggi in misura sempre maggiore, tende a preoccuparsi del proprio ²⁾ lavoratore (quanto alla sua persona o alla sua famiglia) anche in questo periodo extracontrattuale, sotto forma di opere di beneficenza (asili, bagni, sale di divertimento, istruzione, case popolari, biblioteche, cura dei bimbi durante il lavoro dei genitori, ecc.). È un sistema che si va diffondendo (all'estero specialmente nei centri cattolici). Ora: sembra chiaro che da queste opere, dovute solo all'iniziativa filantropica dell'industriale (per quanto opere, e sia pure esclusivamente, nell'interesse proprio, cioè per un maggior rendimento del lavoratore) ³⁾, sia lungi qualunque idea di pura subordinazione. Ma così non l'intende quella parte dei lavoratori che è orga-

¹⁾ È forse ancora vivo, in Inghilterra, il ricordo di un grande sciopero dei ferrovieri della Nord Orientale. Fu sciopero che appassionò il pubblico, appunto perchè si trattava di vedere se la Compagnia aveva o no il diritto di inquisizione di cui nel testo. Si trattava di un macchinista punito dalla compagnia Nord Orientale perchè fu sorpreso in istato di ubbriachezza durante le ore di libertà; era in servizio da 19 anni e si preparava ad andare in pensione, cosicchè il provvedimento preso contro di lui gli troncava la carriera quando egli era sul punto di guadagnare il frutto della sua vita di lavoro. E da questo punto di vista che gli scioperanti considerarono la questione. La Compagnia ferroviaria ne fece invece una questione di principio. Essa disse: « Un macchinista ferroviario a cui noi affidiamo ogni giorno la vita di migliaia di passeggeri deve essere astemio, o quanto meno non deve abbandonarsi ad eccessi nel bere, sia o no in servizio ». È certo che se un'ammonizione preliminare (che già implica l'invadenza del nesso di subordinazione!) non fosse sufficiente, il licenziamento sarebbe giustificato.

²⁾ Qui mi preoccupo solo del cosidd. « patronato industriale » (concorso dell'industriale pel miglioramento delle condizioni di vita del proprio lavoratore, abitazioni, opere di soccorso: es., casse, ricreazione, biblioteche, scuole, cura dei figli), perchè è questa forma di patronato che, vincolata strettamente come è al contratto di lavoro, mira a legare più strettamente il lavoratore all'azienda. Non è così del « patronato sociale », esercito non dal creditore del lavoro, cioè da terzi per filantropia pura. Qui quella connessione non sussiste. È perciò che mentre il primo non fa affatto progressi, anzi perde terreno (è necessario però per certi casi: ad es. per le abitazioni, se l'officina è assai fuori dell'abitato), invece va guadagnando terreno il patronato sociale. Cfr. LEVASSEUR, *Salariat et salaires*, cit., p. 364, sg.

³⁾ Cfr. sopra, p. 130.

nizzata nei sindacati o leghe operaie ¹). Essi (forse alquanto meno in Italia, dove l'organizzazione sindacale non è così forte e sviluppata come altrove, e certo assai meno laddove dominano le organizzazioni cattoliche), sostengono, a giustificare la loro avversione, che con quelle opere l'industriale non mira che ad attaccare a sè, con vincoli sempre più stretti di subordinazione, i lavoratori. La dipendenza sarebbe accresciuta da ciò, che sono opere nelle mani dell'industriale, a cui l'operaio dovrebbe pur sempre ricorrere da lui dipendendo, anche nel tempo del riposo, o all'infuori comunque del lavoro; e inoltre in caso di sciopero quelle opere cessano, e con ciò si esercita una pressione

¹ In realtà, per quanto si voglia favorire questo sistema paternalistico fondato sulla beneficenza, bisogna riconoscere che, come tutte le manifestazioni della carità, anch'esso può creare l'impressione del superiore e dell'inferiore, del ricco e del povero, in un rapporto tra loro che ne accentua l'antitesi: ciò, naturalmente, senza pregiudicare la bontà sostanziale, nei limiti di cui appresso, di questo intervento caritativo. E che questa impressione, così urtante per il lavoratore che sia oltremodo fiero, morbosamente fiero della propria dignità, sia vera, lo prova quello che ne pensano coloro i quali hanno favorito quel sistema. Si tratta, in ispecie, degli economisti della scuola cattolica, che non ammettono che la subordinazione di cui noi discorriamo qui sia compatibile colla eguaglianza giuridica. Vi è, scrive l'ANTOINE, *Cours d'économie sociale*, p. 358, disuguaglianza giuridica, perchè l'una parte ha autorità sull'altra. Il contratto di lavoro (è sempre l'ANTOINE che discorre) crea un superiore e un inferiore; questi nell'esecuzione del lavoro si sottomette e fa atto di obbedienza; non è che fuori del contratto che vi ha eguaglianza giuridica quanto ai diritti essenziali della natura umana. Per cui l'insegnamento dato nel testo, con questa dottrina, sarebbe condannato, come di sorgente socialista: non è che per i socialisti che il padrone e l'operaio sono su piede di eguaglianza (cit., p. 359). Certo, dico io, vi è obbligo di obbedienza (a ciò si riduce in sostanza la subordinazione: cfr. appr.): ma un obbligo che non crea, giuridicamente, un superiore e un inferiore se non nei limiti strettamente della subordinazione relativa alla tecnica attuazione del lavoro; non dunque una disuguaglianza giuridica, ripeto, dato il substrato contrattuale (cioè di coordinazione di due volontà uguali) che è a base della situazione. Invece con quella formula si vuol proprio alludere a un rapporto di subordinazione non limitato alla esecuzione del lavoro, ma che abbracci tutta la persona dell'operaio: Si ponga ciò in correlazione col sistema paternalistico (del patronato) dominante in Belgio e in Francia nei centri cattolici. È una concezione tipica di questa scuola economica, che non dissocia il diritto dalla morale. L'economia di via morale. L'ANTOINE infatti ne deduce l'obbligo per l'industriale di vegliare sulla moralità dell'operaio, sulla sua vita privata, di dargli il buon esempio, assisterlo nei suoi bisogni materiali e spirituali. E tutto ciò è bellissimo e vero dal punto di vista della morale: la fonte diretta ispiratrice è S. TOMASO (*Summa theol.*, 2.^a, 2.^a, qu. 58, a. 7), che ammetteva nel gruppo domestico tre unioni: marito e moglie, padre e figli, padrone e domestico. L'estensione di questa potestà dovrebbe condurre, nella mente degli economisti di questa scuola, al patronato. Quel che mi preme notare qui soprattutto è che io credo anche erronea questa costruzione conducendo a negare l'eguaglianza giuridica tra le parti, anche ammessa (come in parte ed entro certi limiti si può e si deve fare) la assistenza patronale; assistenza che ad ogni modo si deve e si può concepire come intervento spontaneo all'infuori di ogni potestà.

molto efficace sull'operaio ¹⁾. Perciò questo vi vede l'espressione di una specie di potestà tutelare, sostituita al cosiddetto stato di libertà contrattuale, una potestà che afferra il lavoratore ben oltre i limiti della esecuzione del lavoro, penetrando nel sacrario della sua famiglia, invadendo la sua personalità tutta con una specie di « cura » della sua persona, quella che il signore esercitava sul vassallo nel regime economico-giuridico feudale ²⁾.

Non è mio compito, qui, insistere oltre sulla utilità o no di questo intervento spontaneo ed extracontrattuale dell'industriale ³⁾, e ciò appunto per la sua extracontrattualità: benchè si verifichi una naturale (e giuridica) connessione tra la sussistenza del contratto di lavoro, e l'usufruità di quelle opere di assistenza patronale. A me basta osservare come qui si esca dal territorio della tecnica subordinazione che mi preme illustrare ⁴⁾; che, prescindendo qui dalle forme di patronato in cui si rivelarono veri abusi per parte delle aziende (es. gli « economati », per somministrazione di generi di prima necessità), all'industriale spetterà organizzare l'assistenza in modo da offendere il meno possibile le naturali suscettibilità del lavoratore, in cui l'ordinaria subordinazione tecnica (in specie più sensibile come s'è visto, per il lavoro materiale) acquiesce e rende più vivo il bisogno di una piena autonomia, all'infuori del lavoro. Non sia un'elemosina, nè sussista una coazione, l'una e l'altra inopportune; e, possibilmente, si soddisfi il senso acuto dell'indipendenza propria coll'affidare agli stessi operai (sia pure sotto l'occhio vigile dell'industriale, che porta la maggior esperienza, e il peso finanziario maggiore delle opere di patronato), la gestione di quell'assistenza (così come si fa per le casse di

¹⁾ Cfr. PHILIPPOVICH, cit. II, 1, pag. 195. Sul *Patronage libre* in Francia cfr. in *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, 114^o, p. 197, sg., e l'ampia *Bibliografia* ivi. Cfr. LEVASSEUR, *Questions ouvrières*, p. 803.

²⁾ Già altra volta abbiamo rilevato la diffidenza dell'operaio contro tutto ciò che, come questo sistema patriarcale del « paternalismo », rinforzando la subordinazione ostacola la aspirazione costante del lavoratore a una sempre crescente autonomia di fronte all'industriale. Cfr. sopra, p. 237.

³⁾ La maggioranza degli scrittori è oggi contraria al sistema paternalistico. Il GUYOT, *Conflits du travail*, p. 8 sg., combatte il sistema della filantropia, in forma di eccessivo intervento dell'industriale nella vita privata del lavoratore: va però ricordato (e lo vedremo avanti, n. 233) che il GUYOT era pervaso dalla sua idea della commercializzazione del lavoro che addirittura vorrebbe eliminare qualunque forma di subordinazione.

⁴⁾ Viceversa alla domanda se il capo dell'azienda debba trattare i propri dipendenti come un padre, o come un amico si può rispondere benissimo, in quanto si tratti sempre dell'esecuzione del lavoro, cioè nei limiti della subordinazione. Ed è l'art. 1124 che offre la risposta. Non capisco perchè a questo punto il FOURNIER, *Ouvriers et patrons*, p. 372, si impenni, quasi temendo che il patronato sia in agguato.

soccorso, amministrate di solito oltre che dal capo dell'azienda, anche da una rappresentanza di operai). Ma se nell'operaio non solo si è andato accentuando il senso della propria indipendenza, ma sussiste in lui la capacità a provvedere da sè, nulla di meglio che lasciare a lui completamente tale possibilità sotto forma di un aumento di retribuzione. Quello che importa è, soprattutto, che l'intervento di assistenza patronale non rientri come elemento del contratto di lavoro, perchè non abbia a nascere il sospetto di un'inferiorità giuridica degli operai, col connettere strettamente la subordinazione a quell'assistenza al contratto, cioè col renderla coattiva: col fare, insomma, che la subordinazione afferri tutta la vita privata dell'operaio ¹). A questo proposito ricorderò come nella sua prima redazione conservata nel testo definitivo l'art. 1 della legge belga sul contratto di lavoro accennava al creditore del lavoro come a « capo di industria o patrono ». La Commissione di revisione cancellò queste parole sostituendovi « capo di impresa »: l'operaio moderno, scriveva il relatore, non accetta più il patronato. Qualche voce si levò in senso contrario, sostenendo la necessità e utilità del patronato come elemento del contratto di lavoro, a integrare l'insufficienza dell'astratta eguaglianza giuridica. E il Parlamento belga reintegrò la vecchia formula. E fece male: salvo che per « patrono » con interpretazione storico-evolutiva si voglia intendere un appellativo pratico in luogo di « capo dell'impresa ». E io credo che così sarà, anche considerata la connessione di quella parola con quelle che la precedono, e che alludono chiaramente alla pura subordinazione tecnica. Perchè oggi non è più concepibile quel ritorno a tempi ormai trascorsi.

Ma altro è quanto alla spontanea, libera iniziativa dell'industriale, tale da non influire sulla natura del rapporto contrattuale producendovi qualche deformazione. Una deformazione ad es. quanto a un'estensione di subordinazione oltre i limiti dell'esecuzione del lavoro; oppure quanto all'elemento « mercede », colla sostituzione al denaro dei generi di prima necessità forniti dal capo dell'azienda. E anche quanto a quest'azione spontanea tutto dipende dal grado di maturità della massa lavoratrice ²). Certo è che dove questo è minimo, maggiore

¹) Con ciò ha nulla a che vedere l'opportunità, il dovere morale, anzi, secondo le circostanze e con molto tatto, che l'industriale abbia a consigliare il lavoratore e anche ad assisterlo, nella sua vita privata: qui il diritto ha nulla a che vedere: è la coscienza dell'industriale, e il suo tatto che dovranno guidare. Ripeto che in certi casi, ad es. quando il cantiere sia in luogo affatto disabitato, o il patronato sociale, per la povertà dei luoghi, poco sviluppato, questo intervento accorto dell'industriale, chechè se ne pensi dai socialisti, può essere addirittura indispensabile.

²) E da notare che oggi è la legge che tende a sostituirsi all'assistenza patronale, colle provvidenze sociali, la cui necessità sarà appunto determinata dal grado

potrà essere l'intervento diretto all'infuori dell'esecuzione del lavoro, per parte dell'industriale. Ad ogni modo di una potestà tutelare, come potestà sulla persona, dell'industriale sul lavoratore giuridicamente non è neppure il caso di discorrere, perchè non sussiste, e, soprattutto, non è conseguenza del rapporto di subordinazione ¹⁾: oggi, in cui il principio della uguaglianza giuridica delle parti nel contratto di lavoro (reciprocità, stato di diritto) è certissimo, questo sistema di patronato può intervenire a sanare una disuguaglianza di fatto che l'operaio non possa colmare da sè, e ciò senza che questa assistenza sia interpretata come potestà tutelare. Che qualche abuso ²⁾ degli industriali possa autorizzare la parvenza di alcunchè di simile potrà essere, ma non ha giuridica importanza ³⁾, e non può creare una potestà di signoria ampia in sè, e oltrepassante i limiti dell'esecuzione del lavoro, in evidente contraddizione col principio liberale erompente dal sistema contrattualista sancito dalla rivoluzione francese ⁴⁾. Ad ogni modo non va con questa confusa la necessità di una rigida disciplina conseguente all'organizzazione industriale moderna, e conducente a un apparente autocratismo.

di maturità della classe lavoratrice. Per tal modo l'intervento d'assistenza dell'industriale è reso coattivo, e non è più un'efflorescenza della sua iniziativa. Se ciò lo rende più accetto agli altri operai, guardiamoci però dal credere che la legge possa sostituirsi interamente all'iniziativa privata. Questo no! Cfr. l'introduzione.

¹⁾ A torto quindi il COGNETTI (in *Bibl. dell'Econom.*, V, 2, p. CLXIV) dedusse dal rapporto di subordinazione affermato nell'art. 1 della legge belga sul contratto di lavoro («... a lavorare sotto l'autorità, la direzione e la sorveglianza di un capo di impresa o padrone») che non si trattasse di subordinazione puramente tecnica, ma di « patronato ». Non si dimentichi (sopra, p. 177, nota 1) che il COGNETTI era dominato dall'idea di una autonomia associativa dell'operaio.

²⁾ Abusi si verificano, come abbiain visto, quanto alla somministrazione di materie di prima necessità all'operaio fuori dell'officina. Ne ripareremo altrove. Ma ciò non ha a che vedere coll'argomento di una subordinazione. È probabilmente alludendo alle pratiche manifestazioni, talora degenerative, di questa subordinazione che il ROSIN, op. cit., I, 1, p. 141, osserva come il contratto di lavoro, che pure giuridicamente, cioè formalmente, è contratto e tutela una astratta eguaglianza delle parti, viceversa considerato nel suo reale ordinamento economico crea un vero rapporto personale di signoria, cioè qualcosa di ben più di un puro diritto di credito.

³⁾ Non vi è una signoria dominicale o tutelare sulla persona dell'operaio, già s'è visto. È in un senso non proprio che va intesa l'espressione del JANNACCONE, *Contratto di lavoro, passim*, che (segnando lo SCHAEFFLE) chiama « impresa a signoria » quella che involve la subordinazione al lavoratore. Il COGNETTI, op. cit., p. CLXXVI; cui quell'espressione dava ombra, proponeva di sostituirla con « impresa capitalistica ».

⁴⁾ Anche lo ZWIEDINEK-SÜDENHORST, *Sozialpolitik* (1911), p. 220, rimprovera agli industriali moderni una concezione di un rapporto di signoria antiquata quanto al tecnicismo industriale.

216. La necessità di questa disciplina, che conduce talora ad acuire la subordinazione, sia pure nei limiti in cui abbiain visto fin qui questa essere contenuta, è un fatto naturale, un'esigenza imprescindibile dell'organizzazione del lavoro ¹⁾ prestato da molti simultaneamente e nello stesso luogo. Anzi, si può dire che essa è sempre esistita ²⁾ sotto varie forme, laddove vi fu lavoro per altri somministrato da più persone secondo la guida e i criteri altrui ³⁾. O fu la signoria del capo del gruppo familiare, o del padrone sugli schiavi a lui asserviti, o dal proprietario della terra sui semiliberi, che sono nella *potestas* del primo. Poi, evolvendosi il rapporto sempre più a completa libertà, è la sottomissione volontaria dei lavoratori all'altrui autorità, dapprima stretti in un fascio concorde coi capi (le corporazioni d'arti e mestieri), poi separati da questa, e con essi in piena antitesi. Si arriva così allo stato odierno determinato dalle grosse agglomerazioni create dalla grande industria. Lo Zwiedinek osserva giustamente che è appunto questa sua lontana origine servile che rende ai più antipatico questo rapporto di subordinazione, acuendo nell'operaio il desiderio di passare alla categoria dei lavoratori autonomi (artigianato: e magari grande impresa).

Ora: sia pure limitata questa subordinazione alla esecuzione del lavoro è però certo che essa assume, dove sussistono agglomerazioni di lavoratori, forme che determinano una vera e propria autocrazia

¹⁾ Cfr. FLESCHE, op. cit., pag. 224. L'essenza di ogni coordinazione di fattori per un fine unico sta nella subordinazione di essi a chi opera questa coordinazione. È dunque un fenomeno generalissimo che spiega ad es. la subordinazione al padre e al marito, per la possibile unità, coesione e prosperità familiare. Può dipendere dal sentimento della confidenza sociale; può essere volontaria o coatta. Su ciò in generale cfr. KLEINWÄCHTER, *Lehrbuch der Volkswirtschaftspolitik* (1911), pag. 88.

²⁾ Che la subordinazione del rapporto medievale d'impiego avesse carattere di rapporto feudale (ricordo che oggi la burocrazia alta in Russia costituisce una casta aristocratica) fu asserito dal PANTALEONI, *Scritti vari*, II, p. 246.

³⁾ Lo ZWIEDINEK, op. cit., p. 218, ricollega senz'altro, come a causa, questo fenomeno alla differenza tra la classe degli abbienti e quella dei proletari; la prima assunse le funzioni direttive. Ora, questo determinerà chi si assumerà l'una, anziché l'altra funzione; ma il fenomeno di una subordinazione esiste indipendentemente da ciò. È, press'a poco, lo stesso errore del DUTHOIT, *Vers l'organisat. professionn.*, p. 131, che vede la subordinazione anche quanto alla formazione del contratto, di cui il contenuto è imposto dall'industriale (contratto di adesione) mentre non è alla pressione dell'una classe sull'altra che si riconnette la subordinazione come noi l'intendiamo. Questa ne è affatto indipendente. Esisterebbe anche in una società a base di assoluta eguaglianza. Tant'è che i soci di cooperative di produzione abbisognano di una persona che diriga, e guidi il lavoro, con un perfetto rapporto di subordinazione; laddove questo è contrastato da una eromponente coscienza della eguaglianza insita nella propria qualità di socio la cooperativa cessa dal funzionare. Ed è questa una delle difficoltà che si frappongono a queste associazioni collettive di lavoro: di esse restano e prosperano solo quelle che meglio attuano quell'ordinata subordinazione a capi veramente abili ed esperti.

industriale ¹⁾. Ma, nonostante certe innegabili asperità di quest'ultima, siamo, ripeto, di fronte ad un fenomeno inevitabile. Organizzazione di lavoro nell'impresa non è che coordinazione dei vari fattori per il risultato finale, e coordinazione è armonica cooperazione, cioè ordine.

Dove vi è una massa di consociati ordine non si può attuare se non sussiste un rapporto di autorità moderatrice che preme e dirige e contenga le attività e le funzioni ad ognuno assegnate ²⁾. Questa subordinazione a base di disciplina e di rigorosi controlli non è che l'affermazione signorile della volontà di un solo: del capo che ha rischi e che perciò dirige e coordina il lavoro. Essa potrà, evolvendosi, essere attutita; in ispece per opera della pressione interna della coalizione operaia (sindacati e leghe); talora anche per iniziativa dello stesso industriale; si potrà anche pervenire a sostituire all'autocrazia un regime di costituzionalismo industriale che da molti si vorrebbe vedere introdotto nelle fabbriche, in forma di partecipazione attiva operaia al regolamento dei rapporti giuridici tra le parti ³⁾. Non credo però che si arriverà sino a sopprimere il principio della subordinazione del lavoratore a chi ha i rischi della produzione. Quand'anche in un non vicino avvenire fosse lo Stato o il Comune che si sostituisca al privato industriale, in un regime collettivista, tuttavia subordinazione e disciplina vi saranno sempre.

217. Fin qui abbiamo constatato e illustrato la prima e fondamentale caratteristica del rapporto di subordinazione: cioè la limitazione

¹⁾ Nei limiti dell'esigenza di una disciplina spetta al creditore del lavoro un « potere disciplinare »: non ho che riuvare pel contratto d'impiego agli art. 48 e seg. del testo unico 22 nov. 1908 sullo stato giur. degli impiegati civili; agli art. 31 sg. della legge sullo stato degli ufficiali 18 luglio 1912, n. 806, ecc.; e per gli operai a tutti i regolamenti di fabbrica. Come si vede si tratta di un istituto comune al diritto pubblico e al privato. Cfr. in proposito sopra, p. 384, e VITTA, *Il potere disciplinare*. A me non importa vedere se questo potere sia identico anche nella patria potestà (cfr. CICU, *Il dir. di famiglia*, pag. 128), se cioè influisca la volontarietà o no della subordinazione per parte del soggetto passivo allo stato di cose da cui sgorga pel soggetto attivo un potere disciplinare. Del quale si dirà altrove (vol. II) più analiticamente.

²⁾ Il WEIGERT, nei *Gutachten d. Vereins für Socialpolitik* (1874), pag. 10, e il BOHMERT, *Arbeitsverhältnisse der Schweiz*, II, p. 387 poterono giustamente fare un parallelo colla disciplina del servizio militare. Checchè ne dicesse lo SCHMOLLER, in *Zeitschrift für die ges. Staatswissensch.* (1874, pag. 455, nota 1), salvo la maggiore importanza del risultato da conseguire, è anche questa un'applicazione del medesimo fenomeno. Lo CHEVALIER, in *Bibl. Econ.*, I, 10, pag. 539, osserva che non è possibile militarizzare l'industria. Certo: ma, ripeto, l'organizzazione industriale esige ordine e disciplina, e non occorre giungere a quel grado di militarizzazione a cui probabilmente (non sarebbe male che anche questo si dicesse oggi alle masse lavoratrici) si dovrebbe giungere in una organizzazione industriale a base collettivista. Cfr. CHEVALIER, cit., p. 540.

³⁾ Cfr. FREESE, *Das konstitutionelle System*, ecc. p. 5 sg., e spec. p. 18 sg. Il FREESE è, si noti, un grosso industriale che perora appunto questo sistema.

sua strettamente all'attuazione del lavoro. Vediamone ora il contenuto, sia pure entro questo limite estensivo.

In via generale si deve avvertire che anche così limitata la subordinazione al tecnicismo della prestazione di lavoro, non deve essere intesa come se necessariamente il lavoratore debba mettere a disposizione del creditore una quantità di forza cieca, non si pretende che secondo la struttura tipica di questa subordinazione egli si debba lasciar condurre incoscientemente dal conduttore di opere. Certo, questa concezione materialistica è stata quella originaria da cui è nata la *locatio operarum*. Basta pensare al lavoro servile da cui la *locatio operarum* ha preso le mosse, in cui lo schiavo si metteva quasi come *res* nelle mani di chi intendeva sfruttarlo. Ma col processo del tempo, col rinnovellarsi e col rapido trasformarsi delle forme di attività intese a promuovere il benessere sociale, quella concezione è sembrata insufficiente. Però rimase incrollabile la base di quell'istituto; è un gran merito del diritto romano quello di aver dato alla più gran parte dei suoi istituti un'elasticità tale da renderli sempre accetti, sempre rigogliosi di vitalità fino ad oggi. E il principio oggi accettato è che il locatore di opere mette a disposizione dell'altra parte una quantità di energie di cui è perfettamente cosciente, per la ragione che sono un riflesso della sua personalità. Egli può, deve anzi avere un certo grado di perizia, determinate attitudini; deve poterle esercitare da sè e per conto proprio. Il bivio comincia qui: può darsi che egli rimetta al creditore la direzione necessaria per indirizzare queste energie, queste sue personali attitudini a un determinato scopo; può invece darsi che chi presta il lavoro si riserbi l'indirizzo opportuno, in tutto o in parte. Si capisce che se il lavoratore si riserba completamente la direzione del lavoro viene meno ogni parvenza di subordinazione; per quanto si voglia favorire una certa autonomia nel lavoratore se non vogliamo uscire dal quadro della locazione d'opere bisogna ammettere che il criterio direttivo spetti all'altra parte. E il difficile sta qui: determinare fin dove questa può imporre la propria volontà, e dove l'autonomia del lavoratore deve essere rispettata.

Si capisce, intanto, che in proposito vi è una notevole elasticità; si può andare da un massimo di subordinazione ad un minimo, a seconda della natura delle prestazioni di lavoro. E si noti anzitutto: anche la massima subordinazione non può mai spingersi fino a sopprimere interamente una sia pure limitatissima parte all'iniziativa e all'autonomia del lavoratore. Si capisce a questo proposito che il criterio secondo cui varierà il contenuto della subordinazione è dato dalla natura più o meno intellettuale del lavoro: l'intelletto raffinato o l'ispirazione artistica sono insofferenti, già vedemmo, di un giogo, mentre la mano può essere guidata da terzi. Ora, anche il lavoratore

materiale, ad es., ha un proprio sia pur limitato corredo di cognizioni e di esperienze, che intenderà far valere; proprie abitudini di lavoro che non intenderà abbandonare. Un eccesso di subordinazione potrebbe costituire una lesione alla dignità del lavoratore ¹⁾. L'imprenditore dovrà dunque rimettersi in parte all'intelligente iniziativa del lavoratore, alla sua spontanea e abitudinaria applicazione dei sistemi di lavoro.

Più la natura del lavoro si spiritualizza, più domina l'elemento psichico-intellettivo, questa parte intima dell'uomo in cui si afferma il suo io, il dominio della sua individualità. E allora l'intervento diretto del creditore del lavoro si potrà ridurre a così poco da far nascere il sospetto che addirittura sia eliminato. La cosa è verissima: e se ne conclude da molti che le professioni liberali non sono assoggettabili alla locazione d'opere, così come il contratto di lavoro artistico. In realtà quest'ultima conclusione non è esatta. Il cantante dipende dall'impresario, il medico dall'istituto che se ne vale per terzi, dal Comune che se ne vale per la condotta medica, il professore universitario dallo Stato che ne utilizza per terzi l'opera più o meno proficua. E pure il professore, il medico, il cantante godono di una autonomia più o meno ampia, quanto ai criteri direttivi dell'opera propria. Come conciliare le due cose?

Si conciliano col dare il dovuto rilievo a quello che è il perno vero della distinzione tra locazione d'opere e di opera. E cioè l'accenramento della gestione di lavoro. La gestione del lavoro a cui partecipano il cantante, il medico, il professore, è nelle mani rispettivamente dell'impresario, dell'istituto o del Comune, dello Stato. Questi ne hanno i rischi e la responsabilità; il medico, il cantante, ecc. si limitano a mettere la propria attività a disposizione dell'altra parte, cui spetta la funzione organizzatrice di tutti gli elementi tra cui vi è appunto la prestazione d'opera loro fornita. E infatti questi lavoratori hanno una mercede certa, sottratta all'alea; in questo senso sono estranei al rischio ²⁾.

¹⁾ L'imprenditore guida solo in via generale il movimento muscolare degli operai. Cfr. CLARK, *Principes d'écon.*, 1911, p. 12-13.

²⁾ A questo modo si risolvono casi dubbi in apparenza. Così l'ENDEMANN (op. cit., p. 701) criticando il sistema romanistico accolto nel codice germanico cita il caso di un giornaliero giardiniere, che certo, secondo l'ENDEMANN, deve considerarsi come assunto con rapporto di dipendenza in locazione di opere; or bene esso può benissimo impegnarsi a compire il lavoro in un determinato modo, e fors'anche entro un tempo determinato. Per l'ENDEMANN, col criterio romanistico, non si può dunque risolvere la questione se vi sia locazione di opere o di opera. D'altro canto vedremo che il committente può benissimo fissare il lavoro e il modo di eseguirlo, e ingerirsi più o meno nella elaborazione. Il mirare a un risultato di lavoro o semplicemente a una quantità di lavoro non sarebbe dunque un indice sufficiente, esauriente, se lo si considera a sè isolatamente, e non in coordinazione col criterio più

Quale la conseguenza? ¹⁾. Che per la coordinazione di questi fattori (lo s'è visto già sopra) all'impresario, ecc. spetta di signoreggiare tutti quegli elementi, adattandoli, incanalandoli, eventualmente modificandoli; l'estraneità di essi singolarmente considerati al rischio lo porrà in condizione di dover anche eccitare da essi il maggior possibile rendimento, spronandone lo zelo. Se difettosa è la prestazione avrà il diritto di richiamo, quindi un perenne e intenso controllo sulla prestazione di lavoro, che potrà giungere sine a imporre certi criteri direttivi che la pratica e la tecnica e l'uso locale abbiano sanzionato e da cui il lavoratore si sia dipartito. Dunque una subordinazione c'è sempre ²⁾. E facoltà di controllo e di direzione anche. Ma sono facoltà che hanno dei limiti laddove la elevata natura della prestazione esiga la fiducia e il rispetto a una certa autonoma azione individuale del lavoratore ³⁾. E si capisce: più il lavoratore è intelligente, più

sicuro, perchè infallibile, quello da cui gli altri indici derivano, che abbiamo esposto nel testo. Per sapere su chi gravi la gestione del lavoro nel caso fatto dall'ENDEMANN bisognerà esaminare quali rapporti realmente intercedano tra il giornaliero e il proprietario del giardino; non basta l'enunciare in modo aprioristico che quel giornaliero promette un risultato. Questo è uno dei fenomeni esteriori o degli indici ulteriori cui dianzi accennavo, che anche un locatore di opere può promettere una quantità di energie di lavoro, quale è richiesta per giungere a un dato risultato; e cioè una quantità corrispondente al tempo necessario per raggiungerlo. Ma questo indice superficiale non basta. Si deve e si può penetrare più addentro nella fattispecie.

¹⁾ La subordinazione è una conseguenza di questa potestà organizzatrice, e ne è, rispetto al contratto di lavoro, l'indice più sensibile. E in un certo senso esclusivo: perchè gli altri indici non sono che conseguenza della subordinazione. Si può ad ogni modo accettare l'asserzione del ROSIN, op. cit., II, p. 33 (I, p. 154) che la personale subordinazione sia un sintomo, il più importante, del lavoro non autonomo. Il che è esatto nel solo senso che l'indice primo e più decisivo che rivela la subordinazione, è sempre l'accentramento della gestione del lavoro.

²⁾ Si può quindi sostenere che nella prestazione di opere intellettuali elevate il rapporto di dipendenza, se non viene a mancare *quasi* interamente, certo è attenuato e tuttavia permane la locazione di opere (MODICA, *Costr. giur.*, ecc., numero XXIII): il rapporto di subordinazione non può scomparire affatto, ma deve sussistere. Ad ogni modo l'indice dato nel testo facilita nella pratica l'esame dei casi: senza di esso credo che verrebbe ad esser talora resa difficile, anzi impossibile, la distinzione colla *locatio operis*, in cui, come vedremo, non è esclusa qualche ingerenza del locatore d'opera. Se il rischio del lavoro, l'indirizzo, l'impulso spettano al conduttore, al creditore delle opere, sia pure elevate, se, insomma, vi è locazione di opere, vi deve essere necessariamente un rapporto di dipendenza: il quale però è ben lungi dall'essere la dipendenza materiale, l'assoggettamento cui certo dovevano pensare i giuristi romani, nell'elaborare la *locatio operarum*. Quando quel rapporto di dipendenza manchi, non vi è locazione di opere, ma di opera.

³⁾ Non escludo che questa fiducia e questo rispetto più che dalla natura delle prestazioni possano in qualche caso essere dettati ragionevolmente dalla natura della persona, dai rapporti personali tra le parti. Il marito ne avrà nella moglie, di cui saprà apprezzare per esperienza il valore tecnico; qui il controllo sarà minimo,

diventa da un lato consapevole del risultato cui la gestione del lavoro deve tendere, più è d'altro lato conscio dei criteri con cui attuare il proprio lavoro. Si attua insomma una collaborazione intelligente, che è tanto più preziosa per l'altro contraente quanto più larga è quell'autonomia del lavoratore ¹⁾. È allora che il lavoro dà un maggior rendimento e l'intento del contraente-organizzatore viene più facilmente attuato. È notevole che per alcune categorie di lavoro, cioè per il lavoro industriale, l'incremento incessante nella grandiosità e nella complicatezza delle macchine, mentre da un lato esige un continuo elevamento nell'intellettualità del lavoratore, d'altra parte gli rende sempre più difficile l'ambito passaggio al lavoro autonomo. E infatti la subordinazione s'accresce, per la sempre maggior difficoltà che la gestione del lavoro, in condizioni siffatte, possa accentrarsi nel lavoratore stesso. Le grandi macchine hanno avuto per conseguenza, come è universalmente noto, l'ampliarsi delle aziende industriali e la diminuzione dell'artigianato, il formarsi della grande industria. Strano: è il lavoratore manuale, lo sterratore ad es., che ha davanti a sé maggiore facilità di assumere la gestione del proprio lavoro in ordine al risultato cui deve arrivare, cioè il passaggio al lavoro autonomo ²⁾. Qui il tecnicismo del lavoro non è così complicato come nell'altro caso.

Con questo mi pare chiarito dove si annidi veramente l'elemento tipico della locazione d'opere; quando vi sia dipendenza dal contraente organizzatore ³⁾, nel modo ora visto, il lavoratore è necessariamente,

ma non sarà eliminato. E quindi la subordinazione, nel nostro senso, dell'un coniuge all'altro è perfettamente concepibile, a differenza di quanto sostenne lo SCHERER, *Die Haftpflicht des Unternehmers auf Grund des Fabrikhaftpflichtgesetzes*, ecc. (1908), p. 63: il quale sostenne che « la concezione etica del matrimonio non tollera quel rapporto di subordinazione, che è presupposto ». Col curioso effetto che, quindi, l'un coniuge (principale) non sarà responsabile per gli infortuni sul lavoro toccati al coniuge subordinato! Contro cfr. DERNBURG, *Familienrecht*, pag. 117, nota 3. Certo per la nostra legge sugli infortuni quel rapporto tra coniugi non è un ostacolo.

¹⁾ WEBER, *Kampf zwischen Kapital und Arbeit*, cit., p. 33.

²⁾ È dipendenza nel senso di subordinazione: nel senso di dipendenza economica (come meglio vedremo più avanti) anche il contraente organizzatore è dipendente dal lavoratore, in quanto l'esito dell'organizzazione dipende strettamente anche dalla prestazione di lavoro. Questo ha però un riverbero nella situazione giuridica. Infatti è al lume di questa dipendenza che si spiega l'interesse del creditore del lavoro a stipulare le migliori clausole a favore del lavoratore per trattenerlo, a dargli un sano ambiente di lavoro per eccitarne il rendimento. In questo senso, che non è il nostro, anche l'artigiano dipende dal capitale, dal somministratore di materia prima; l'imprenditore dal capitalista, ecc. Cfr. WEBER, op. cit., p. 35. Cfr. appr. n. 221.

³⁾ Il non aver dato rilievo all'idea che secondo noi domina in questo argomento ha condotto il LOTMAR, ad es., a isolare in sé il fatto della direzione. E la soluzione è oltremodo ardua, in tal guisa, perchè a chi la direzione spetti di-

fatalmente in misura più o meno ampia in balia dell'altra parte, per ciò che riguarda la coordinazione del suo lavoro cogli altri elementi, cioè il modo di prestazione del lavoro in riguardo al risultato finale, e (in grado più o meno intenso) riguardo allo stesso modo della prestazione. Si è anche chiarito che ad es. non è già dall'importanza dell'istrumento di lavoro maneggiato dal lavoratore che la decisione può dipendere: l'operaio alle prese con una macchina complicata in uno stabilimento è subordinato; il proprietario di un magro ronzino che faccia servizio di vettura è lavoratore autonomo ¹). Una facoltà direttiva ad ogni modo non può, sia pur minima, mancare nel rapporto di subordinazione, a favore del creditore del lavoro: potrà esserne ridotta l'importanza anche se nel contratto sono stati determinati specificatamente i criteri tecnici di lavoro. Ma allora rimane sempre il controllo sull'applicazione di essi; e ad ogni modo non si ha che una preventiva limitazione all'autonomia signorile dell'industriale durante il processo del lavoro, perfettamente ammissibile, e che, praticamente, non è del resto mai esauriente ²).

Io credo che il criterio qui indicato risolva benissimo tutti i casi che furono ritenuti dubbi. Insisto soprattutto sulla necessità di coordinare questo elemento della direzione del lavoro con l'accentramento della gestione del lavoro. Perchè, come s'è visto, il concetto della direzione, per sè solo, è molto vario.

E con questa varietà che si spiega come qualche recente legislazione (ad esempio la germanica, recentissima) non ha voluto accettare per la locazione di opere la regola per cui quando circa il modo di esecuzione delle opere nulla sia pattuito, il locatore le debba prestare secondo le indicazioni che di volta in volta gli fornirà il conduttore. La varietà dei casi rientranti nella locazione di opere ne ha dissuaso, essendovene alcuni in cui tale dipendenza è minima. Infatti

pende appunto da altro criterio, da quello che per me è il vero criterio rilevante. Così ¹ LOTMAR, cit. II, p. 856, conclude che la direzione spetta ora al lavoratore ora all'altra parte secondo vari presupposti di fatto: ad es., il creditore del lavoro profano della tecnica del lavoro rimette al lavoratore la direzione. Su questo caso ancora appresso (n. 223). Ma soprattutto il LOTMAR parte dal concetto della distinzione fondamentale secondo il lavoro a tempo o a cottimo. E da questo punto di vista è perfettamente naturale che con quella distinzione la differenza nell'appartenenza della direzione non coincida affatto, per modo che la direzione diventa un elemento ambiguo ed oscillante!

¹) Cfr. LOTMAR, op. cit., I, p. 95.

²) Un caso tipico è quello dell'incantatrice di serpenti assunta da un impresario di *Café chantant*. Il tribunale della Senna aveva deciso che era lavoratrice autonoma: era essa stessa la creatrice della propria arte! E, francamente, non so chi potrebbe a una lavoratrice siffatta dar consigli e, soprattutto, attuarli coll'esempio proprio... In realtà era subordinata all'impresario, che aveva la gestione organizzatrice del lavoro. In questo senso, esattamente, MARTINI, op. cit., p. 32.

talora la pratica costante di talune prestazioni farà sì che le norme ad esse relative saranno note più a chi le presta che al conduttore; il quale spesso si rimette con ciò all'esperienza del locatore.

218. La limitazione della subordinazione di cui discorriamo alla produzione tecnica del lavoro non toglie che, entro questi limiti, come ora s'è visto, la subordinazione abbia una notevole elasticità di contenuto che può andare da un massimo a un minimo. Ma questa elasticità non può però sopprimere, appunto, questo minimo di contenuto, in cui rientrano talune necessarie imprescindibili caratteristiche della locazione di opere. Queste si ricollegano coll'accentramento nel creditore del lavoro di quella che ho chiamato gestione del lavoro, e si riassumono, come ho detto in principio, nell'assunzione per parte sua dei rischi che concernono il lavoro, vale a dire il rapporto tra il costo del lavoro e l'utilità del risultato ottenuto con esso ¹⁾. È questo un concetto nell'applicazione del quale si può facilmente cadere in errore. È a carico dell'industriale, ad es., che le merci prodotte possano o no servire all'uso cui sono destinate, quando l'operaio abbia seguito esattamente le istruzioni impartitegli, abbia insomma lavorato colla normale diligenza del buon operaio, contribuendo magari, come può esser ritenuto il dovere di un buon operaio, col corredo della propria esperienza e del proprio buon senso. Ma questo è un rischio del creditore del lavoro compatibile coll'ipotesi in cui la gestione del lavoro sia accollata al lavoratore ²⁾. Si tratta invece dei rischi che rendono o impossibile o più difficile la prestazione di lavoro. Così è a carico dell'industriale il dovere di coordinare saggiamente i vari fattori della produzione, ad es. fornendo buoni strumenti di lavoro all'operaio, buon ambiente di lavoro, assumendo, oltre i danni che derivano dalla violazione di questo dovere (art. 1124), l'onere dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro. Invece ha nulla a che a vedere con questo rischio del lavoro « il rischio della produzione » ³⁾ che grava sempre sul creditore di lavoro anche di fronte al lavoratore autonomo: sempre il lavoratore rimane estraneo al risultato di questa coordinazione. Che il teatro sia vuoto non menoma il diritto del cantante al pieno onorario, e del fornitore della luce elettrica al prezzo del-

¹⁾ Una formula affine cfr. in ASQUINI, op. cit., p. 23. La formula di cui nel testo si riferisce specialmente al lavoro a tempo, dove la sua applicazione è più tipica; ma comprende anche il lavoro a cottimo ma subordinato, in cui il rischio del lavoro è diminuito, ma non eliminato.

²⁾ Quando io commetto a un industriale, ad es., la costruzione di una data macchina su preciso disegno da me somministrato, è a mio rischio l'effettiva funzionalità della macchina, se i disegni furono esattamente eseguiti.

³⁾ Cfr. CARNELUTTI, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1909, II, p. 19, 23; ASQUINI, op. cit., p. 23, nota 17. Cfr. inoltre sopra, p. 181 seg.

l'energia. Lo Hasbach ¹⁾ aggiunge che, come corollario, la mercede non dovrebbe mai fluttuare a seconda delle sorti dell'industria, e che il lavoratore dovrebbe avere un compenso anche se il salario manca (per mancata prestazione del lavoro dipendente da fatto del lavoratore, malattia, disoccupazione, invalidità). Sul primo punto però già sappiamo quale intima correlazione sussista tuttavia tra le sorti dell'azienda e il contratto di lavoro, malgrado l'astratta tendenza a una indipendenza di questo dalle sorti della prima ²⁾. Sul secondo punto ripeto che non si tratta se non del rischio del lavoro già oggi in tal caso accollato all'industriale.

Importa intanto, riassumendo, rilevare come alla potestà riconosciuta al creditore del lavoro corrisponda, per l'intervento anche qui della solita legge di equilibrio, un aggravio di responsabilità, di preoccupazioni, di doveri, a carico del creditore del lavoro, e nell'interesse del lavoratore ³⁾.

219. Si può invece, almeno a tutta prima, dubitare se veramente tra questi corollari tipici della subordinazione propria della locazione di opere rientri la sussistenza tra le parti di un elemento fiduciario, che compenetrerebbe tutto il rapporto. Il dubbio nasce da ciò che l'elemento fiduciario sembra essere un elemento tipico del contratto di lavoro in genere, e non della forma speciale della « locazione d'opere ». E questo è in gran parte vero. Anzi, si può asserire che è questa una delle prime caratteristiche che si affacciano a chi pigli ad esaminare questo rapporto, il quale ha per oggetto l'attività, l'energia di lavoro da prestarsi da una persona in favore di un'altra; si capisce che, dato il contatto che tra le due parti esiste, debba presupporci che esso sia giustificato da un rapporto di reciproca fiducia. Questo elemento ricorre sempre quando trattasi di un *agere*, di una prestazione la quale afferri tutta una personalità. Come quando si tratta di *dare*, occorre che esista la fiducia nella potenzialità economica del debitore, per il che tutto il suo patrimonio è costituito a garanzia del rapporto obbligatorio, così, trattandosi di *facere*, è indispensabile la fiducia nelle buone qualità della persona che deve adempire alla prestazione di fare.

Tuttavia sarebbe erroneo credere che questo elemento fiduciario esista sempre collo stesso grado di intensità. Intanto ha suo fondamento specialmente nelle attitudini di lavoro del debitore della prestazione, non, invece, in egual misura quanto alle attitudini personali del creditore del lavoro. La fiducia imprime al rapporto una proiezione della persona dell'uno o dell'altro dei contraenti in misura varia. Certo è,

¹⁾ In *Jahrbücher für die Nationalökonomie*, 1905, p. 721.

²⁾ Cfr. sopra, p. 181.

³⁾ Cfr. DERNBURG, *D. bürgerl. Recht*, II, § 306.

dicevo, prevalente nel senso di un affidamento del creditore del lavoro nelle attitudini di lavoro dell'altra parte. Ed è certo che dove vi è subordinazione, per la formazione di un contatto assai più stretto tra le parti (una delle quali mette sè a disposizione dell'altra), vi è un incremento nell'importanza di questo elemento fiduciale. Il Dernburg ¹⁾ scrive che come contrapposto alla subordinazione (che crea maggiori responsabilità nel creditore del lavoro) spetta al lavoratore l'obbligo della fedeltà: e io credo che il Crome ²⁾ abbia ragione quando osserva che non è questa un'esigenza a sè, e caratteristica per qualunque cosa di locazione d'opere. Il lavoratore subordinato deve adempiere coscienziosamente la sua prestazione; la delicatezza del rapporto personale può essere intensificata sino alla creazione di un obbligo di fedeltà. Ma l'elemento fiduciale non può mai mancare, pur variando la sua importanza a seconda del grado speciale di attitudini di lavoro richiesto nel lavoratore: rientra qui l'importanza giuridica della distinzione sopra accennata tra lavoro qualificato e non qualificato ³⁾. E cioè: la persona del debitore del lavoro ha sempre qualche rilevanza, anche quando l'opera sua sia determinata nel genere, e ammetta quindi la sostituibilità con altro lavoratore.

Questo parrà a tutta prima una contraddizione in termini, ma non è. Infatti il concetto di sostituibilità non è illimitato, ma soggetto per la natura speciale del rapporto in esame a limiti notevoli. Di questi limiti (che non sono se non applicazione di principi comuni alle obbligazioni generiche sia di dare, come di fare) avremo spesso occasione di parlare. Ci basti qui il dire come quel concetto non escluda che nella persona che deve assumere il lavoro in sostituzione del primo si riuniscano certe date caratteristiche o qualità, attitudini, ecc., in vista delle quali il contratto fu stipulato col primo: vi è questo, tuttavia: che secondo il comune apprezzamento, data la natura del lavoro, quelle qualità si possono riscontrare anche in altre persone. E in questo senso vi è sostituibilità ⁴⁾. Ma sempre queste determinate attitudini vi debbono essere, e ciò ingenera il concetto di fiducia, del quale si potranno

¹⁾ Op. e l. cit.

²⁾ *System d. deutsch. bürgerl. Rechts*, II, 2, p. 642. Il CROME però arriva a conclusioni inaccettabili, per aver male impostato la distinzione tra locazione di opere e di opera. Contro CROME cfr. pure COSACK, *Lehrb.*, § 143, I, n. 5.

³⁾ Cfr. sopra, p. 51, sg. E tra lavoro a tempo e a cottimo: appr. n. 243.

⁴⁾ Il CLARK, *Principes*, cit., p. 13, pone giustamente in luce l'importanza dell'elemento fiduciale, dimostrando come aumenti col raffinarsi del lavoro; cosicchè i lavori più bassi sono sostituibili. Perciò l'incremento della fiducia (della fedeltà del lavoratore, dice con una restrizione inesatta il CLARK) è indice di un aumento nell'intelligenza degli operai. A misura che la società assurge a un'organizzazione più elevata l'importanza di questo elemento morale nel lavoro destinato ad altri aumenta al punto che, secondo il CLARK, si può asserire che il progresso ulteriore e persino l'esistenza dell'ordine sociale ne dipendono.

solo avvertire delle modificazioni nel grado di intensità, che potrà essere minimo se la prestazione è sostituibile. Anzi io vado più in là ancora: io ammetto che in determinati casi il rapporto fiduciario appaia quasi essersi atrofizzato. Però in fondo ritengo che questo sia vero solo per chi guardi superficialmente. Può darsi infatti che per lungo tempo, nell'esercizio, ad esempio, di un dato rapporto di locazione di opere, si riscontri l'indifferenza reciproca delle parti al più alto grado; ma può sorgere da un momento all'altro una circostanza qualunque atta a generare un attrito; ed ecco allora venire a galla tutto il carattere intimo, delicato, personale di questo rapporto locativo. E ciò basta per ritenere che prima vi era, ma in istato potenziale, non attuale.

Del resto anche presupposto che davvero in taluni casi il rapporto intimo della fiducia manchi, in molti altri ognuno lo scorgerà senza dubbio. E tanto basterà per ritenere che la presenza, sia pure eventuale, non indispensabile, di questo elemento debba esercitare una notevole influenza sul trattamento del rapporto. Data la necessità di un regolamento unitario di questo rapporto, e questo ognuno lo ammetterà, per ciò che concerne la struttura di esso, è evidente tale soluzione. La legge, cioè, considera questo elemento fiduciario come un elemento astrattamente tipico del contratto di lavoro; senza indagare o permettere l'indagine circa l'effettiva sussistenza di siffatto elemento; tant'è vero che le conseguenze giuridiche che a questo elemento sono connesse sussistono sempre. Per ammettere il contrario bisognerebbe ritenere che sia possibile concedere al giudice di applicare o no talune regole secondo che vi sia o no l'elemento fiduciario. Ma quale sarà il giudice che vorrà sobbarcarsi a un'indagine di questa natura, colla sicura coscienza di colpire nel vero? E che vantaggio ne ritrarrà la pratica da siffatta indeterminatezza empirica del sistema legislativo?

Non ci si opponga che per l'art. 404, n. 1, cod. pen., il giudice può in taluni casi essere effettivamente chiamato a una indagine di questa natura e in casi in cui le conseguenze di un risultato affermativo ponno essere gravissime. A questo rispondo subito che il giudice, nel caso di furto di cui all'art. 404, non ha ad esaminare se nel caso specifico l'elemento fiduciario vi fosse o no, ma se, dato il rapporto giuridico e date le relazioni che correavano tra il derubato e il reo di furto, fiducia vi dovesse essere. È un criterio oggettivo, in un certo senso aprioristico, presentato all'esame del giudice, che si sarebbe smarrito indubbiamente se avesse dovuto ricorrere a un criterio soggettivo. Si tratta di una fiducia che, indipendentemente dal fatto di verificarsi effettivamente o non verificarsi in taluni casi concreti, esiste come fiducia oggettiva. E noi siamo nell'identico caso.

Dopo ciò riteniamo perfettamente chiarita la posizione indipendente che fino a un certo punto hanno le obbligazioni miranti a un *facere*

(non tutte però: in ispecial modo ci importano quelle in cui il *facere*, nell'interesse primario di altra persona, è continuato) rispetto a quelle di *dare*. E questo si verifica nella locazione di opera come nel mandato e nella società. La fiducia nel secondo gruppo di obbligazioni (*quae in dando consistunt*) dà luogo a speciali modificazioni, a diritti, a un trattamento speciale nel rapporto obbligatorio, che qui non è il luogo di indagare. E così nel caso nostro il rapporto locativo ha spesso speciali atteggiamenti che non si giustificano se non coll'esistenza di un elemento fiduciario. Di cotesti atteggiamenti verremo accennando man mano che ci si offrirà l'occasione. Ricorderò qui la possibilità del recesso unilaterale se non vi fu determinazione di tempo (così pure pel mandato e per la società); e certe regole che si applicano per ciò che concerne l'attuazione del rapporto dopo un recesso (o licenziamento) sia che vi fosse o che non vi fosse una determinazione di tempo. Ricorderò come le cause di recesso dipendano dal grado di maggior o minor sensibilità determinabile dalla natura più o meno elevata delle mansioni del lavoratore (la fiducia è maggiore nelle più elevate).

L'elemento fiduciario esiste anche rispetto alla persona del creditore del lavoro. Qui però bisogna distinguere la locazione di opere dalla locazione d'opera; in quest'ultima questo elemento fiduciario ha di regola nessuna importanza: tant'è vero che ad es. il committente può recedere dal contratto, ma non il lavoratore autonomo (art. 1141). Mentre l'ha solo per il *conductor operarum*, stante il contatto continuo che sussiste, in maggior o minor grado, tra le parti in questo contratto. Come si vede, qui la sussistenza del rapporto di subordinazione ha la sua importanza, in quanto è necessaria condizione perchè si possa discorrere di un affidamento del lavoratore nel creditore del lavoro in base a qualità e attitudini personali di quest'ultimo, che hanno importanza laddove il contatto tra le parti fa risaltare al lavoratore la rilevanza di queste attitudini. La subordinazione è rapporto di autorità, checchè se ne dica, e vuol essere temperata e resa sopportabile dalla equitativa (art. 1124) sua attuazione per parte dell'industriale, del principale, ecc. Vedremo quanto la sensibilità dei dipendenti sia acuta per ciò che riguarda le attitudini personali di chi interviene col proprio criterio direttivo a disciplinare il lavoro. Per il lavoratore autonomo, ripeto, tutto ciò non ha importanza ⁴⁾.

⁴⁾ Nel mandato questa fiducia è più intensa che nella società, stando al nostro sistema legislativo. La locazione di opere ha implicito un grado di personalità e quindi di fiducia, più intenso che il mandato. Ma non già per la ragione avanzata dal MODICA (*Costruz. giur. del contr. di lav.*, n. X), che cioè nel mandato la persona obbligata è solo subbietto del contratto, mentre nelle locazioni d'opere è contemporaneamente oggetto, poichè la energia di lavoro fisico o intellettuale è

Aggiungo per ultimo che nella nostra legislazione è espressamente riconosciuta l'importanza di questo elemento fiduciario nella locazione di opere specialmente: in quanto, ad es., l'abuso di cotesta fiducia a scopi antigiuridici la legge colpisce con maggior violenza. Così l'articolo 401 Cod. pen. considera come aggravante pel reato di furto il fatto che sia commesso con abuso della fiducia derivante da scambievoli relazioni d'ufficio, di prestazioni d'opera, ecc. sulle cose che in conseguenza di tali relazioni siano lasciate od esposte alla fede dell'impiegato o del debitore dell'opera.

220. Fin qui della locazione d'opere e del suo elemento differenziale: il rapporto di subordinazione del lavoratore all'altro contraente.

Passando ora alla locazione d'opera, abbiám già visto che invece la sua impronta fisionomica è data dall'autonomia del lavoratore. Quanto precede ci spiana la via nella trattazione di questo punto.

Autonomia del lavoratore vuol dire che la gestione del lavoro è accentrata in lui: cioè l'elaborazione necessaria per giungere a un dato risultato rientra più o meno interamente nella sua sfera d'azione; egli ne è l'anima e il centro organizzatore, imprime impulso al lavoro, lo regola secondo i proprii criteri direttivi. E da tutto ciò deriva come necessaria ed immediata conseguenza il fatto che il rischio della gestione del lavoro è a suo carico: si tratta insomma di azienda sua, di cui egli è il signore. Perciò egli ha responsabilità che nella locazione d'opere spettavano al creditore del lavoro.

Come si vede l'idea centrale è sempre imperniata nella gestione del lavoro, cioè nella organizzazione dei fattori concorrenti alla produzione del risultato¹⁾, nella sopportazione perciò del rischio che a questa

inseparabile dal corpo. Questo è inesatto, come a suo luogo s'è visto; in ambo i contratti si tratta di un'attività di lavoro prestata dal debitore; epperò mandato e contratto di lavoro da questo punto di vista si potrebbero anche collocare nella medesima famiglia. La differenza, quanto all'elemento personale, deriva solo da ciò, che nella locazione di opere è implicito il contatto assai più frequente tra le parti, che scaturisce dal concetto di subordinazione che manca nel mandato. Infatti s'è visto sopra (p. 289) come il mandatario sia lavoratore autonomo. Ma mi si opporrà che il mandatario può recedere dal rapporto (art. 1761) a differenza del lavoratore autonomo nel contratto di lavoro (art. 1641). La cosa si spiega però colla origine del mandato (gratuito), dovuta a impulso di amicizia, ecc. Quanto al mandato retribuito io crederei applicabili le regole del contratto di lavoro circa il recesso (cfr. sopra, p. 302). Ma non ho difficoltà ad ammettervi il recesso unilaterale del mandatario (a differenza dell'art. 1641), perchè è norma più moderna e viva; sempre, si intende, col dovere di risarcire i danni al mandante secondo le regole del contratto di lavoro.

¹⁾ E quello che un interessantissimo frammento di GIAVOLENO (fr. 51, § 1, XIX. 2) chiama « *universitas consummationis* ». Quando si tratta di indagare la responsabilità del lavoratore bisogna appunto risalire a vedere se a lui spetta l'organizzazione della gestione di lavoro, l'*universitas consummationis*. Il RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, cit., p. 43, nega che con quelle parole si alluda a

assunta organizzazione è connesso. Il lavoratore, cioè, assume la produzione in proprio nome e con propria decisione ¹⁾. Perciò egli ne ha il rischio. Realmente è quest'ultimo il momento dinamico che risalta maggiormente, senza in realtà essere il momento fondamentale, primordiale ed esclusivo: che è costituito invece dall'autonoma, individuale organizzazione del lavoro ²⁾, nel nostro caso accentrata nel lavoratore. Come si vede l'idea madre è l'impresa ³⁾; un'idea connessa con questa è poi quella del rischio.

Non è mio compito esaurire la trattazione circa i connotati e la portata del concetto di « impresa » ⁴⁾. Ma non posso neppure passarlo sotto silenzio, perchè abbiamo visto che è il principalissimo connotato del lavoro autonomo. Intendiamo impresa, qui, in un senso latissimo, che oltrepassa certamente anche la più lata concezione ammessa dagli economisti; come organizzazione dei vari elementi che possono concorrere per conseguire un dato risultato, qualunque esso sia, anche non necessariamente un risultato materiale (produzione) ⁵⁾. Può essere un semplice servizio (risultato immateriale: es. il trasporto); può la elaborazione esorbitare dal campo industriale ⁶⁾ come è per il lavoro delle professioni liberali. Anche qui vi è un'impresa

un criterio distintivo dalla *locatio operarum*; l'imprenditore risponde dell'opera compiuta solo in quanto si tratta dell'adempimento del compito a lui affidato, e cioè di ciò che fa nel limite della sua autonoma attività. È però una sottigliezza in cui mi pare evidente l'artificio. Cfr. ancora appresso.

¹⁾ Cass. Roma, 26 giugno 1900, *Foro it.*, 1900, I, 1176: la veste di appaltatore presuppone che il lavoratore espliciti le funzioni affidategli per conto proprio. Però la Corte continua « non già nell'interesse ed a nome dell'amministrazione... ». E ciò è errato: la destinazione per altri implica sempre un agire nell'interesse altrui. Cfr. inoltre art. 13, legge Cassa Nazion. di Previdenza, e sopra, p. 59, nota 1; ROSIN, *Arbeiterversicherung*, I, p. 152.

²⁾ Lavoratore autonomo, osserva altrove il ROSIN, II (1905), p. 32, è il membro attivo e dirigente dell'economia. Di fronte a lui il lavoratore a lui subordinato è il membro passivo e in certa guisa serviente.

³⁾ Al concetto di impresa ha pure fatto ricorso il IANNACCONE, *Contr. di lav.* (in *Encicl. giurid.*, n. 10), che ritiene l'impresa a signoria rappresenti il contenuto economico della « locazione d'opera ». Il IANNACCONE veramente si riferisce alla « locazione » (« la figura giuridica della locazione è il corrispondente del fatto economico dell'impresa a signoria ») in genere. Ma in realtà il suo discorso è limitato alla locazione di opere. Con ciò è esattamente indicata la concentrazione nel creditore di lavoro subordinato della gestione del lavoro. Qui noi accenniamo al concetto di impresa in quanto il soggetto signorile e dominante sia invece il lavoratore. Ad ogni modo il concetto del IANNACCONE coincide in sostanza perfettamente col nostro, quanto al criterio differenziale tra le due forme di contratto di lavoro.

⁴⁾ Cfr. CARNELUTTI, *Infort. sul lavoro* (Studi), 1913, I, pag. 65 sg.

⁵⁾ E non necessariamente per uno scopo di lucro. Cfr. sopra, p. 94 sg., e Cassazione Firenze, 14 maggio 1908, *Contr. lav.*, 1908, 277. Su un concetto di « impresa » che oltrepassi i limiti della produzione cfr. RENZO MOSSA, *I contratti di somministrazione* (Roma, 1915), p. 72-73.

⁶⁾ Cfr. sopra, p. 60, 106.

mune commercio è a carico del lavoratore purchè non provenga dall'orbita del committente. In questo senso, e cioè in un senso molto lato che non corrisponde al concetto tecnico dell'espressione, il contratto appartiene alla categoria dei contratti che si possono chiamare, per usare la terminologia del Maugni ¹⁾, contratti di rischio. E sarebbe contratto di rischio, se tale fosse quello con cui si mira a prevenire o quanto meno attenuare un rischio. E, appunto, chi non voglia ottenere un dato risultato di lavoro che gli occorra, assumendo lui stesso la gestione del lavoro inteso a produrlo, e ciò per non correre i rischi che (come sopra s'è visto) vi sono riconnessi a suo carico, non fa che commettere ad altri questa gestione, lasciando ad altri il rischio: questa è la ragione della locazione d'opera ²⁾. La quale, come si capisce, presuppone o la necessaria conoscenza di regole o il possesso di attitudini di lavoro per l'assunzione di quella organizzazione, che il creditore del lavoro non ha (es. professioni liberali, artigiano, ecc.), o il possesso di mezzi di lavoro che il creditore sa di non poter accentrare (es. la grande industria), oppure può essere la natura del soggetto che può ridurlo a rifuggire dai rischi (es. Enti pubblici).

Naturalmente l'assuntore del rischio farà pagare dall'altra parte una specie di premio contro il rischio col valutare con una certa larghezza le previsioni di rischi che magari non si verificheranno neppure. Si noti, poi, che il rischio potrà anche essere attenuato ³⁾, quando sia determinato il risultato, ma la mercede non sia determinata à *forfait*; mentre è più grave se la mercede sia determinata à *forfait*. Ma anche nel primo caso non vien meno: anche se il lavoratore è pagato in ragione del lavoro effettivamente speso, e delle spese fatte, è certo che nulla riceve se l'opera è difettosa.

S'è visto che il rischio può impedire o rendere più gravoso il conseguimento del risultato promesso. La seconda ipotesi si verifica quando sorgono fatti che rendano più difficile (nel senso di un aumento di difficoltà tecnica) o più gravoso (cioè più dispendioso di quello che sia stato preventivato dal lavoratore ne' suoi calcoli anteriori alla stipulazione del contratto) il conseguimento di quel promesso

¹⁾ *Del giuoco e della scommessa* (Append. alle *Pandette* di GLUCK, trad. italiana, libro XI), p. 765.

²⁾ Il concetto è chiaramente espresso dalla Cassaz. Torino, 30 giugno 1913, in *Riv. dir. comm.* 1913, II, 873: « Il signor... che dando in appalto il lavoro si è liberato dall'assumere la specifica responsabilità degli infortuni derivanti da questo, sarà bensì per quella liberazione immune da responsabilità... ». L'infortunio è un rischio dell'impresa.

³⁾ Il che ammette l'ASQUINI (op. cit., p. 31): l'impossibilità può nella locazione d'opera essere accollata al creditore del lavoro. Non è dal rischio isolatamente considerato che può chiarirsi (*a posteriori*!) la natura del rapporto.

manda, e che l'organizzazione dei fattori produttivi spetti al debitore del lavoro ¹⁾. Il concorso personale all'esecuzione del lavoro è dunque elemento irrilevante, benchè abbia talora fatto nascere il sospetto che elimini l'impresa, e quindi riconduca il rapporto alla locazione d'opere: è questa evidentemente un'eco erronea della tendenza a concepire l'impresa solo nel senso stretto di grande impresa, con puro lavoro, cioè, di coordinazione ²⁾.

Si badi però che il concetto di « impresa » non è giuridico, ma economico. Giuridicamente esso si scinde in parecchie figure più o meno interdipendenti tra loro: è la solita osservazione già fatta del carattere più sinteticamente comprensivo della ricostruzione economica. A noi premeva solo di considerare il contratto di lavoro come unità (e talora unità quasi assorbente, se si tratta di lavoro elevatamente intellettuale, come s'è visto) nella complessa posizione economica del lavoratore che devolve la sua azienda o impresa a servizio di quel determinato contratto di lavoro. Economicamente il concetto di impresa è più ampio anche perchè può essere che tra gli elementi concorrenti al risultato promesso il lavoro dell'imprenditore non sia quello fondamentale e tipico. Certo: attività organizzatrice vi è sempre; ma questa rientra nel concetto economico di impresa. Bisognerà poi anche vedere se, in quanto l'impresa è convogliata a raggiungere un determinato risultato, all'infuori di quell'attività organizzatrice sia, tra i vari fattori che a quel risultato concorrono, il lavoro dell'imprenditore che importa, o non siano altri elementi. E non basta: l'imprenditore può preparare un risultato di lavoro in attesa che poi si presenti l'acquirente; oppure può aspettare a mettere in moto la propria organizzazione di lavoro che la domanda si sia presentata: è solo in quest'ultimo caso (impresa imperfetta) che vi è

¹⁾ È imprenditore anche l'artigiano che partecipa personalmente al fattore « lavoro » da lui messo in moto, così come il grande industriale; e per tutti e due è identica la figura giuridica: la locazione d'opera, nei rapporti col committente, dietro l'impulso della domanda del quale l'elaborazione sia stata iniziata. Perciò è inesplicabile la antitesi che il NAVARRINI, *Trattato element.*, I, n. 41, crea tra « impresa di manifattura » e « locazione d'opera dell'artigiano ». Su questo punto mi associo pienamente alla critica che ne ha fatto il MONTESSORI, in *Rivista di diritto comm.*, 1912, 1, 817: l'antitesi è tra grande impresa, e mestiere. Di vero c'è questo: che quasi mai l'artigiano previene la domanda, a differenza della grande industria (cfr. sopra, p. 501, nota 1), quindi quasi sempre per l'artigiano si tratta di locazione d'opera. Cfr. su ciò spec. sopra, p. 57-58. Gli economisti, anzi, fanno del lavoro dietro domanda una caratteristica dell'artigianato. Vedremo appresso che l'impresa manifatturiera dell'artigiano è esclusa dalle imprese di manifattura di cui all'art. 3, n. 8 Cod. comm., o delle imprese di costruzioni (art. 3, n. 7) ecc., non è quindi atto di commercio.

²⁾ App. Napoli, 9 agosto 1912, *Foro it.*, 1912, 1, 1290: « Nè la *locatio operis*... può tramutarsi in *locatio operarum* per il fatto che l'imprenditore attenda all'esecuzione del lavoro personalmente... ».

contratto di lavoro. Bisogna dunque, perchè vi sia locazione d'opera, caso per caso vedere di che natura sia questa prestazione, e in qual modo si riverberi sulla natura tutta quanta dell'assunzione; non basta di sapere che l'imprenditore, l'appaltatore, l'assuntore, pongono in movimento determinati fattori economici, coordinandoli e atteggiandoli in modo da ricavarne un profitto. Bisogna sapere di che natura sia questa attività sua. Si può trattare di semplice acquisto di merci per rivenderle; come si può trattare di una prevalente attività elaboratrice, creatrice delle merci fatta nell'interesse primario di un terzo, e necessaria per la consegna di esse a quest'ultimo. Un'attività organizzatrice vi è sempre; solo la funzione del capitale può essere prevalente, all'infuori di quella attività, o può prevalere la funzione del lavoro, nel raggiungimento dello scopo finale di speculazione. Capitale e lavoro sono sempre necessari. Si tratta solo di vedere chi dei due avrà la funzione prevalente e a quale dei due l'imprenditore si rivolgerà specialmente. Se al capitale, di modo che il lavoro non ne sia che un mezzo a fine, un accessorio, vi sarà vendita; se al lavoro, a cui il capitale a sua volta sia subordinato, sia mezzo a fine, allora avremo un contratto di lavoro ove si tratti di impresa imperfetta.

Appalto, impresa dunque (come già s'è visto) si ponno usare in senso giuridico. Però occorrerà volta per volta limitarne la portata a uno dei due casi suaccennati. Il Vita Levi, che nel secondo volume del suo trattato si limita agli appalti laddove avrebbe dovuto parlare di locazione d'opera, dovette naturalmente restringere la portata di quel vocabolo. E noi pure useremo spesso anche le parole appaltatore, imprenditore, che, intese in senso giuridico, hanno per convenzione comunemente accettata lo stesso significato che locatore d'opera, mentre viceversa il significato loro è più ampio e abbraccia anche la vendita. Tutto sta a intenderci fin da principio. Quella comune accezione, radicata nella giurisprudenza, avrebbe in suo favore la tradizione romanistica: *conductor operis* nell'età classica dicevasi anche *redemptor*. Ora, originariamente era *redemptor* « l'assuntore di pubbliche somministrazioni », come il Degenkolb ¹⁾ intende Festo, il quale su questa parola dice: « *redemptores propria atque antiqua consuetudine dicebantur qui, cum quid publice faciendum vel praebendum conduxerant effecerantque, tum denum pecuniam accipiebant* ». *Redimere* era l'imprendere, assumersi un lavoro, quello che i tedeschi dicono « *uebernehmen* » ²⁾; e cioè l'*assumersi* il lavoro, il concentrare in sè (dal punto di vista economico, più lato della parola) i mezzi di produzione o di circolazione ³⁾.

¹⁾ Op. cit., p. 142.

²⁾ DEGENKOLB, op. e l. cit.

³⁾ BOLAFFIO, *Comm.*, p. 73, n. 45.

221. Dunque nella locazione d'opera il lavoratore è, nel senso più lato un imprenditore, organizzatore cioè che subisce i rischi della propria organizzazione, che dirige perciò il proprio lavoro, e lo modifica a proprio talento. Ed è una forma di indipendenza economica.

Anzitutto quanto a quest'ultima asserzione è inutile rilevare che con queste parole intendiamo solo parafrasare il concetto dell'impresa; respingiamo quindi la portata che, proprio nel nostro argomento, si è ad esse data da qualcuno che le intende in un senso diverso che permette ad es. di negare l'indipendenza economica anche a chi è signore del proprio lavoro, ne ha i rischi, ecc.: si tratta di due concetti evidentemente molto diversi, perchè il nostro è limitato alla situazione incorniciata dal contratto ¹⁾. Per es. lo Stadthagen ²⁾ allude al caso di un lavoratore autonomo che devolve l'opera propria stabilmente a un dato committente, e si trova in una subordinazione economica a quest'ultimo (tanto più quando questo sia il somministratore della materia prima) ³⁾. In realtà che l'azienda del committente e quella del lavoratore autonomo formino un tutto unitario economicamente inscindibile non impedisce che questo tutto consti di elementi relativamente autonomi, ma confluenti al medesimo risultato. Non è a questa autonomia economica che noi alludiamo. L'imprenditore in questo senso non sarebbe mai autonomo perchè, come già s'è osservato, egli dipende dal capitalista pel denaro, da terzi per la somministrazione di materie prime e magari dal sindacato operaio per la somministrazione di lavoratori ⁴⁾. Come si capisce, è argomento importante quanto all'applicazione della legislazione sociale. Obbligato all'assicurazione contro gli infortuni non è il capo dell'azienda principale di fronte al lavoratore che non sia se non economicamente dipendente, non già subordinato nel senso della locazione di opere ⁵⁾. E qui, come spesso accade,

¹⁾ In questo senso RÜMELIN, op. cit., p. 32.

²⁾ *Arbeiterrecht*, p. 82. Anche il ROSIN, in qualche punto del suo trattato (es. II, p. 35) allude anche a questa forma di indipendenza puramente economica, cioè nel sintetico processo economico. In questo senso decisamente SIEGEL, *D. Arbeiterrecht*, p. 82, e *Die gewerbl. Arbeitsverhältnisse*, p. 6, sg. Col testo invece RIEZLER, opera cit., p. 45, e CHERBULIEZ, in *Bibliot. Econ.*, I, 10, 759.

³⁾ È un caso di cui discorreremo ancora più avanti.

⁴⁾ Ad ogni modo non mi pare proprio che la possibilità di intendere l'autonomia in più sensi costituisca un ostacolo a che il criterio nostro sia accolto, come è sembrato al RÜMELIN (op. cit., p. 36). Se questo criterio è ottimo, a confessione di questo stesso scrittore, per l'applicabilità o no delle leggi sociali, perchè non lo sarà per il diritto comune, visto che inteso come noi l'intendiamo non è già un criterio effimero, ma costante, sia pure (ed è bene che così sia) elastico nelle applicazioni?

⁵⁾ L'AGNELLI, op. cit. p. 55, ritiene, quanto a questo caso, che « si potrebbe anche considerare l'operaio come dipendente diretto dall'imprenditore, che deve garantirlo del rischio professionale ». Ma io non sono di quest'avviso: questo lavora-

la giurisprudenza talora erra indotta dalla tendenza di estendere il più possibilmente l'obbligo dell'assicurazione; qui come altrove ¹). Si tende spesso a soffermarsi solo sul collegamento economico, in ispecie quando manchino indici evidentissimi di lavoro autonomo ad impresa. Ma questi indici possono tuttavia, anche se non appariscenti, sussistere: e allora non basta più asserire che obbligato all'assicurazione, cioè colui, « in nome e per conto del quale l'impresa è condotta » sia non solo l'imprenditore, ma colui nel cui interesse l'imprenditore agisce. Quest'è interpretazione erronea dell'art. 9, Reg. inf. lav.

Quanto poi all'indice dato dall'accollo del rischio del lavoro al lavoratore autonomo ripeto ancora una volta che questo indice non va isolato, ma non lo si può intendere se non in correlazione coll'accenramento dell'organizzazione (impresa) nel lavoratore. Dico questo perchè dal Rümelin è venuta una critica acuta e insistente a tutte le teorie che non mettono capo esclusivamente e primieramente al rischio come a criterio differenziale in modo tipico della locazione d'opera da quella di opere ²). Se il compenso è dovuto solo per il risultato di lavoro, vuol dire, pensa l'eminente giurista, che il lavoro è a carico e a rischio del promittente.

Ora, questo è certamente esatto, benchè la formulazione sia tale da far ritenere che dunque vi è locazione d'opera perchè il rischio è accollato al promittente, non (come ritiene più logicamente il Riezler) ³)

tore non è « addetto », cioè dipendente; « addetto », nel testo unico di legge sugli infortuni, allude precisamente alla (stabile o no) subordinazione giuridica che caratterizza la locazione d'opere; Cass. Firenze, 27 giugno 1910, *Foro it.*, 1910, I, 1133 (che però ricade nella pura dipendenza economica, laddove ritiene il muratore « addetto » a una costruzione edilizia perchè l'opera sua lo è continuamente necessaria!); Cassazione Roma, 28 sett. 1911, *Foro it.*, I, 1309. Allora con questo criterio anche l'appaltatore di una costruzione è dipendente dal proprietario (dal quale si fa pagare a rate, col progresso della costruzione): e allora al proprietario spetterebbe ad es. l'obbligo dell'assicurazione, il che è assurdo: cfr. Cass. pen., 10 febr. 1912, *Contr. di lavoro*, 1912, 166. — Su questo lato concetto di « dipendenza economica » cfr. ancora appr. n. 223, a proposito del cottimo collettivo.

¹) Cfr. appr., n. 223. Un esempio di estensione erronea del concetto di dipendenza cfr. in sentenza Pret. Poppi, 12 agosto 1905, *Contr. lav.*, 1906, 84, e in Cass. Torino, 17 giugno 1907, *Foro it.*, 1908, I, 1124. Così pure Cass. pen., 17 novembre 1908, *Foro it.*, 1909, II, 127. Questa accolse l'obbligo dell'assicurazione contro gli infortuni a un'impresa di cava rispetto a operai cottimisti ivi lavoranti; ora, se veramente erano subappaltatori (sottratti alla sorveglianza dell'impresa, come dice la Corte) quella decisione è erronea, e non basta asserire che i lavori erano compiuti in quella cava e per conto (dipendenza economica!) dell'impresa. Se invece, ciò che è probabile, erano cottimisti subordinati, allora la massima è esatta ma per altra ragione (dipendenza giuridica!). Molto bene invece la Cassazione Roma, 20 febr. 1913, *Contr. lav.*, 1913, 354.

²) Nella già cit. monografia *Dienstvertrag und Werkvertrag*.

³) Op. cit., p. 44. Il RÜMELIN esclude ciò perchè allora la locazione d'opera

che l'esservi quell'accollo dipende dal vedere se vi sia locazione di opera. Questa è certo una *subtilitas*, ma che dimostra il pericolo di attenersi al rischio isolatamente ¹⁾; che invece va dedotto a sua volta dalla complessa situazione determinante l'accentramento della gestione di lavoro nel lavoratore, cioè appunto dalla sussistenza di una locazione di lavoro autonomo. Ma è soprattutto strano che per distinguere due contratti si debba decidere secondo le conseguenze giuridiche ad essi riconnesse, mentre è più logico il procedimento inverso, essendochè le conseguenze sono subordinate a loro volta alla natura del fatto generatore, cioè del contratto.

Inoltre non è male avvertire che un accollo di rischio al lavoratore esiste, in un certo senso ²⁾, anche nella locazione d'opere. Certo non è il rischio coordinato alla direzione assunta dall'altra parte: il rischio che non eccede la cerchia dell'organizzazione dell'impresa, cioè della gestione del lavoro, è a carico del creditore del lavoro, centro di questa gestione (ad es. impossibilità e difficoltà di lavoro per ritardo nella fornitura di materia prima). Ma è indubbio, invece, che il rischio che non grava il creditore del lavoro subordinato, ad es., l'impossibilità fortuita della prestazione di lavoro che non risale alla cerchia propria di nessuno dei due contraenti (distruzione della fabbrica, inondazione, ecc.) finisce in realtà col gravare il lavoratore, nel senso che a questi non è dovuta la mercede ³⁾; vedremo pure come una parte del rischio l'assuma il lavoratore subordinato a cottimo. In questi limiti il *periculum* non è certo criterio differenziale ⁴⁾, e non si

sarebbe concetto più ampio del rischio, potendo sussistere senza quest'ultimo. Ma è assurdo: che il rischio sia una conseguenza non implica che la causa possa stare senza questo effetto. Del resto sono per lo meno curiose certe espressioni dello stesso RÜMELIN, che a farlo apposta, sembrano confermare la possibilità di una locazione d'opera senza accollo del *periculum*. Es.: « L'indagine ha dimostrato ancora che l'importanza della sopportazione del rischio è minima » (p. 166-167); « non basta a distinguere sempre la sussistenza di una locazione d'opera ».

¹⁾ Un altro pericolo di questa teoria fu già sopra segnalato, ricordando l'ASQUINI, che appunto non ha evitato lo scoglio del lavoro a cottimo subordinato.

²⁾ Che è ad ogni modo il concetto tecnico del « rischio del lavoro »: certo un rapporto tra il costo del lavoro e il suo risultato non può qui essere in questione.

³⁾ In realtà vi è una distribuzione sulle due parti del danno, perchè l'industriale risente il danno, non piccolo, della mancata produzione. Cfr. LOTMAR, op. cit., II, pag. 359.

⁴⁾ Conforme pure il RÜMELIN, op. cit., p. 82. Veramente l'ASQUINI, op. cit., p. 26 sg., esclude il rischio dell'impossibilità del lavoro, come criterio differenziale, accogliendo solo il rischio della difficoltà del lavoro. A me questa opinione, che si distacca recisamente dalla comune corrente, è parsa infondata; nè sono arrivato a intendere tutte le ragioni addotte dall'autore. Certo ammetto pur io che il criterio differenziale non va limitato al rischio dell'impossibilità, perchè comprende, caso mai, anche il rischio della difficoltà; ma non è una ragione per escludere quello. E inoltre che l'impossibilità contraddica allo scopo economico del contratto di la-

può dire che è il rischio, così senz'altro, che divide i due contratti: sarà solo una parte del rischio che aggraverà il lavoratore autonomo e non quello subordinato ¹⁾. Tutto questo è, in fondo, ammesso anche dal Rümelin; ma turba già la limpidezza del suo criterio, togliendogli quell'unico merito che gli si asserisce: l'evidenza della constatazione *prima facie* ²⁾. Tanto più che, come vedremo, l'accollo del rischio può essere alleggerito, può ridursi a cosa addirittura minima od inverosimile ³⁾. Il *periculum* è, insomma, conseguenza, variabile, di cause più remote e fondamentali, a cui bisogna necessariamente risalire, e rispetto alle quali la manifestazione più sensibile e veramente tipica è la autonomia del lavoratore.

Contro questo criterio il Rümelin non ha mancato di scagliar le sue frecce, che tuttavia si spuntano, se non erro. E tra queste già ci siamo imbattuti nella, secondo me, non esatta interpretazione del fr. 51 § 1, XIX, 2, in cui Giavoleno accolla al *redemptor* la responsabilità dell'opera riuscita difettosa, poichè a lui spetta la *universitas consummationis*, che traducemmo come organizzazione della produzione, cioè gestione del lavoro come elemento di produzione: vale a dire la autonomia, come noi l'intendiamo, del lavoratore. Sostiene il Rümelin che la decisione di questo frammento non si riferisce alla distinzione tra *locatio operarum* e *locatio operis*; la viziosità dell'*opus* può derivare

voro (cfr. ASQUINI, pag. 27) è verissimo: ma, posto che il rischio per sè solo sia criterio discreetivo, non giustifica l'esclusione del rischio-responsabilità. Io credo che questa limitazione sia stata una logica conseguenza della concezione astratta del rischio del lavoro come differenza tra l'utilità del risultato prodotto e l'utilità potenziale dell'energia applicata (op. cit., 23): se dunque si pone come uno dei termini il risultato del lavoro, ciò vuol dire che si esclude dal rischio l'impossibilità che il risultato del lavoro si ottenga. Il rischio invece va concepito più latamente, non già necessariamente come una relazione tra due termini (questo interessa solo la *difficultas*). È rischio del lavoro (e come!) anche quello che consiste nel pagamento di una mercede benchè nessuna prestazione di lavoro sia stata possibile, o viceversa (per il lavoratore) la perdita della mercede pur non avendo dato alcun lavoro. Questo ci insegna la vita.

¹⁾ A tutto rigore neppur la maggiore difficoltà del lavoro può essere assunta come criterio differenziale tipico, a differenza dell'impossibilità, poichè vedremo come nel cottimo subordinato il rischio della difficoltà sia, almeno in parte, caricato al lavoratore, così come (appr. n. 224) una parte di questo rischio può nella locazione d'opere essere accollato al creditore del lavoro. Neppur per questa via si regge adunque la teoria dell'ASQUINI, il quale, come ho già rilevato, ha confuso in realtà le due classificazioni del contratto di lavoro. Cfr. infatti a p. 35 (il cottimo è sempre locazione d'opera).

²⁾ Di quest'avviso è anche il LOTMAR, cit. II, p. 878-879.

³⁾ Che rischio incontra chi si assume di tagliare i capelli al cliente? O l'imprenditore che si assume il lavoro di sterro in terreno geologicamente ben noto? O, se si esce dal campo industriale, l'avvocato, o il medico che assumono la difesa o la cura del cliente senza subordinare il pagamento all'esito dell'opera propria? (cfr. sopra, p. 606). Cfr. lo stesso RÜMELIN, op. cit., p. 167.

anche da colpa del lavoratore; ed è questo anzi il presupposto della questione *an ex locato agere possim*. E se vi è colpa la decisione non potrebbe non essere uguale anche per la *locatio operarum*. Ma l'errore sta nel presupporre necessariamente la colpa, a cui il frammento non allude (basta il « *facere opus vitiosum* »). E poi: sta bene che la *universitas consummationis* sia il presupposto per l'azione *ex locato* conducente qui a far valere un accollo del rischio, indipendentemente dall'esame se vi è o no una colpa: ma questa azione a sua volta sottintende che vi sia *locatio operis*! Quindi è una inutile sottigliezza quella del Rümelin, che vorrebbe rendere indipendente la decisione sulla natura del contratto dal presupposto di una *universitas consummationis*. Quel frammento è fondamentale e decisivo nel nostro senso. E cioè: il *conductor operis* è organizzatore del lavoro, di cui ha il rischio; esso ha quindi il rischio della *bonitas operis*, vi sia o no sua colpa. Non così invece per il *locatur operarum*: nessun rischio di quella specie a suo carico, ma solo avere o no osservato la diligenza del buon padre di famiglia; per lui è dunque questione di colpa. Qui sì che il rischio, prescindendo dall'essere un puro effetto giuridico, segua veramente un profondo distacco tra le due forme di locazione. Un distacco, si noti, che non si può assolutamente intendere se non risalendo al nostro criterio distintivo. Il Lotmar, che ne discorre a proposito del lavoro a cottimo o a tempo, secondo il suo sistema, a questo punto si trova disorientato ¹⁾, ed è costretto a ritornare alla distinzione tra locazione di opera e di opere.

Del resto il Rümelin è pur costretto qua e là a risalire al nostro concetto: il trasporto è locazione d'opera perchè il mittente non pensa al lavoro, ma al risultato, cioè è estraneo al primo ²⁾. Veramente questa ragione è espressa in forma doppiamente inesatta ³⁾. Ma si allude, mi pare, all'autonomia. E tanto basta; è proprio il concetto mio!

222. Ad ogni modo è sempre indubitabile che l'accollo del rischio, o meglio di un rischio più forte è indice proprio della locazione di opera. Definire esattamente in che questo plus rischio consista, non è cosa difficile: si può dire, con una formula lata, che qualunque fatto che impedisca o renda oltremodo gravosa la produzione del risultato o di un risultato conforme ai connotati pattuiti o sottintesi nel co-

¹⁾ *Arbeitsvertrag*, II, p. 652-653, e p. 59-60; p. 664 e 670. Naturalmente è argomento che svolgeremo più diffusamente nel secondo volume. Cfr. ancora appr. numero 222.

²⁾ Op. cit., p. 157. Osserva esattamente il RÜMELIN, ma nel nostro senso: « ... la disposizione dei mezzi per l'effettuazione del risultato da conseguire è rilasciata a chi assume il trasporto ».

³⁾ Perchè non basta il criterio esteriore del risultato o dell'attività per giungervi: e tanto più, poi, se il criterio è solo concepito come « pensato » da uno dei contraenti.

mune commercio è a carico del lavoratore purchè non provenga dall'orbita del committente. In questo senso, e cioè in un senso molto lato che non corrisponde al concetto tecnico dell'espressione, il contratto appartiene alla categoria dei contratti che si possono chiamare, per usare la terminologia del Manenti ¹⁾, contratti di rischio. E sarebbe contratto di rischio, se tale fosse quello con cui si mira a prevenire o quanto meno attenuare un rischio. E, appunto, chi non voglia ottenere un dato risultato di lavoro che gli occorra, assumendo lui stesso la gestione del lavoro inteso a produrlo, e ciò per non correre i rischi che (come sopra s'è visto) vi sono riconnessi a suo carico, non fa che commettere ad altri questa gestione, lasciando ad altri il rischio: questa è la ragione della locazione d'opera ²⁾. La quale, come si capisce, presuppone o la necessaria conoscenza di regole o il possesso di attitudini di lavoro per l'assunzione di quella organizzazione, che il creditore del lavoro non ha (es. professioni liberali, artigiano, ecc.), o il possesso di mezzi di lavoro che il creditore sa di non poter accentrare (es. la grande industria), oppure può essere la natura del soggetto che può ridurlo a rifuggire dai rischi (es. Enti pubblici).

Naturalmente l'assuntore del rischio farà pagare dall'altra parte una specie di premio contro il rischio col valutare con una certa larghezza le previsioni di rischi che magari non si verificheranno neppure. Si noti, poi, che il rischio potrà anche essere attenuato ³⁾, quando sia determinato il risultato, ma la mercede non sia determinata à *forfait*; mentre è più grave se la mercede sia determinata à *forfait*. Ma anche nel primo caso non vien meno: anche se il lavoratore è pagato in ragione del lavoro effettivamente speso, e delle spese fatte, è certo che nulla riceve se l'opera è difettosa.

S'è visto che il rischio può impedire o rendere più gravoso il conseguimento del risultato promesso. La seconda ipotesi si verifica quando sorgono fatti che rendano più difficile (nel senso di un aumento di difficoltà tecnica) o più gravoso (cioè più dispendioso di quello che sia stato preventivato dal lavoratore ne' suoi calcoli anteriori alla stipulazione del contratto) il conseguimento di quel promesso

¹⁾ *Del gioco e della scommessa* (Append. alle *Pandette* di GLÜCK, trad. italiana, libro XI), p. 765.

²⁾ Il concetto è chiaramente espresso dalla Cassaz. Torino, 30 giugno 1913. in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 873: « Il signor... che dando in appalto il lavoro si è liberato dall'assumere la specifica responsabilità degli infortuni derivanti da questo, sarà bensì per quella liberazione immune da responsabilità... ». L'infortunio è un rischio dell'impresa.

³⁾ Il che ammette l'ASQUINI (op. cit., p. 31): l'impossibilità può nella locazione d'opera essere accollata al creditore del lavoro. Non è dal rischio isolatamente considerato che può chiarirsi (*a posteriori!*) la natura del rapporto.

risultato. Qui l'alea è rappresentata dall'eventualità di un margine in favore dell'artefice, oltre le spese borsuali, o di un margine passivo a suo carico: così è nella maggior parte dei casi. L'alea si verifica però in questa ipotesi solo dove da un lato vi è un costo variabile di produzione dell'opera e dall'altro una mercede preventivamente fissata (globalmente, o a misura non importa), non variabile secondo l'effettivo costo, che talora subisce modificazioni capricciose. Perchè infatti vedremo che la mercede a cottimo, nella locazione di opera, può anche non consistere in una somma determinata, globalmente o a misura, in base all'unità del risultato.

Un caso tipico di accresciuta gravosità ¹⁾ della prestazione si verifica quando sopraggiunga un fatto che non aumenti la spesa, ma diminuisca la mercede: il risultato è sempre lo stesso, una sproporzione tra spesa e ricavo che finisce coll'eliminare il guadagno, o addirittura col non coprire neppure le spese fatte. La cosa accade quando la mercede sia variabile. Così è per le imprese di trasporto, di spettacoli teatrali, di stabilimenti sanitari in taluni casi (quando cioè, come si è visto, si tratti di preponderante prestazione d'opera, non ad esempio gli stabilimenti balneari, termali, ecc.). L'alea cresce per l'incertezza del numero degli spettatori, degli infermi, ecc. Qui l'alea può essere tale da creare delle situazioni giuridiche abbastanza curiose.

Si pensi a un impresario di teatro che vende solo pochi biglietti. Secondo il diritto rigoroso l'impresario dovrebbe essere tenuto lo stesso alla produzione dello spettacolo. Ma gli scrittori, per soccorrere anche questo ceto rispettabile di speculatori sull'arte, immaginarono un espediente; il contratto collo spettatore sarebbe concluso sempre sotto condizione tacita (risolutiva, perchè la mercede vien pagata prima) che vi sia un certo numero di spettatori. Se il pubblico è deficiente ecco che il contratto si ha come non concluso, e l'impresario sarà tenuto alla restituzione dell'importo dei biglietti venduti. Questa teoria avrebbe non poche conseguenze gravi: poichè, una volta ammesso questo espediente, nulla vieta di estenderlo anche ad altri casi affini in cui si può trovar comodo di ricorrere alla condizione tacita risolutiva per isfuggire ai rischi. Tutto sta nell'ammettere questa condizione risolutiva tacita; e io l'ammetterei, in forma di una « presupposizione » ²⁾, che io non escludo quando la suffraghi l'art. 1124. Tanto più che essa corrisponde a quanto avviene in pratica.

Abbiamo chiamato la locazione d'opera contratto di rischio in un senso improprio. A tal proposito bisogna osservare che anzitutto non

¹⁾ Come la gravosità possa, quanto alla sopportazione del rischio, essere attenuata, caricandola in parte sul creditore del lavoro vedremo più avanti, n. 221.

²⁾ Cfr. le mie *Istituzioni di dir. civ.*, p. 178.

in tutti i casi di locazione d'opera vi sono rischi gravi: ho già ricordato il lavoro delle professioni liberali, in cui sarebbe strano davvero discorrere di un « contratto di rischio », tanto più che qui la mercede è spesso proporzionata al lavoro e alle spese effettive. E lo stesso è a dire per i contratti in cui astrattamente i rischi si possono dare, ma ne è eliminata una parte col proporzionare la mercede al lavoro e alle spese effettive¹⁾: in questo caso sussiste sempre il rischio nel senso che una causa posteriore impedisca la prestazione di lavoro o la renda difettosa indipendentemente da una negligenza o una imperizia del lavoratore; ma non è a quest'ultimo rischio che si riferisce l'aleatorietà di cui all'art. 1102, altrimenti tutti i contratti bilaterali lo sarebbero. Rimane infine il caso in cui la mercede sia globalmente determinata, e la prestazione sia tale che difficoltà possano scompaginare le previsioni del *redemptor*.

È solo per quest'ultimo caso che si può chiedere se si rientri o no nella categoria dei contratti aleatori o di rischio, di cui all'art. 1102. La dottrina è in parte contraria²⁾. Secondo il Manenti contratti aleatori non sono che il gioco e la scommessa (in cui il rischio è provocato artificialmente dal contratto); quelli di rischio presuppongono che il rischio preesista naturalmente: appunto a diminuirlo o eliminarlo è rivolto il contratto. Ora, la locazione d'opera aversionale non è certo in quest'ultima categoria, perchè il rischio è provocato dall'assunzione di una data prestazione di lavoro a mercede fissa. Viceversa la prima categoria sarebbe chiusa: non comprenderebbe che il gioco e la scommessa.

E credo pur io che qui non siamo di fronte alla tecnica aleatorietà: benchè l'art. 1102 accenni al vantaggio di almeno uno dei contraenti (e il caso nostro) dipendente da un avvenimento incerto, e benchè questo vantaggio, come osserva benissimo il Manenti³⁾, non sia che il valore economico del corrispettivo, tuttavia l'art. 1102 presume la prevedibilità e la determinatezza dell'avvenimento, sia che questo debba colpire naturalmente una delle parti, sia che le parti vi si sottopongano artificialmente. E questo non è il caso nostro. Si può dunque discorrere di un'aleatorietà, per l'incertezza del guadagno, ma non è l'aleatorietà tecnica di cui all'art. 1102⁴⁾.

223. Abbiám visto come debba intendersi l'autonomia del lavoratore nella locazione d'opera. E s'è concluso che è appunto ad essa, cioè all'accentramento della gestione in lui che bisogna risalire, senza fermarsi ad altri indici, come ad es. la sopportazione del *periculum*, che

¹⁾ Cfr. appr., n. 224.

²⁾ E favorevole l'ASQUINI, cit., p. 32.

³⁾ Op. cit., p. 763.

⁴⁾ GIORGI, *T. persone giurid.*, II, p. 487. Cfr. VITA-LEVI, op. cit.

ne sono solo una conseguenza, e su cui le parti di solito non fanno parola. Ma come si potrà dimostrare quell'accentramento nel lavoratore? Va anzitutto notato che non possiamo sempre limitarci a indagare la intenzione delle parti contraenti. Certo, questa è la prima indagine a fare: cioè l'interpretazione del contratto. Infatti è certo che dipende dalla volontà delle parti di determinare per l'appunto quegli elementi economici a cui dobbiamo risalire: se è la situazione economica, riguardo all'accentramento della gestione del lavoro, che qui importa, par chiaro che dunque sia decisiva proprio la volontà giuridica¹⁾. Questo è certissimo, ma non risolve il dubbio nei casi in cui quella volontà empirica non sia chiaramente determinabile. Può essere, anzi è sempre chiaro che lavoro e, per lo più, che mercede intendano le parti; non risulta sempre dalle loro parole se del lavoro debba essere signore il lavoratore o se la sua organizzazione sia assunta dal creditore del lavoro. Io mi faccio lucidar le scarpe per strada; mi faccio portar la valigia da un facchino; mi faccio condurre da una guida sulla vetta del Cervino: ho io chiaro nella testa se di queste prestazioni di lavoro sono io l'organizzatore, il gestore, quindi se io posso plasmarle come mi pare? Qualche volta sì, qualche volta no²⁾. E dunque, in tali casi, l'esame obbiettivo della posizione sociale delle parti³⁾, dell'atteggiamento consuetudinario nel luogo secondo la natura della prestazione che può proiettar luce⁴⁾.

Un primo e importantissimo indice oggettivo ci viene invece certamente dalla promessa di un risultato, oppure di una pura attività di lavoro indipendentemente da un risultato determinato. Noi abbiamo infatti escluso che questo criterio meramente estrinseco costituisca proprio la ragione intima della differenza tra i due contratti: ma è però vero (e con ciò si giustifica l'equivoco della dottrina che questo criterio accoglie) che quasi sempre è un fatto esteriore che coincide

¹⁾ Perciò è esatto che il giudice debba indagare se, dati i termini del contratto o altri indici, risulti che « intenzione dei contraenti fu quella di stipulare un contratto di lavoro... » dell'una o dell'altra specie. Cass. Napoli, 20 giugno 1912, *Contr. lav.*, 1912, 36.

²⁾ E ciò è vero anche se assumiamo a criterio determinante la promessa di una attività o di un risultato, che pure è un fatto esteriore, di cui si ha più facilmente coscienza. Cfr. RÜMELIN, op. cit., p. 9.

³⁾ Ciò è stato ammesso dal Tribunale industriale di Berlino, Decis. del 12 marzo 1894. in UNGER, *Entsch. d. Gew. Ger.*, p. 18. « L'ufficio di assicurazioni nella decisione della questione chi debba considerarsi come imprenditore della costruzione ha sempre indagato le condizioni economiche, cioè se il cottimista ha un guadagno non eccedente la comune mercede, o se mira al profitto dell'impresa, ed è in istato di sopportare il rischio ».

⁴⁾ Anche il RÜMELIN, op. cit., p. 164, osserva che la differenza tra il volere il risultato o il voler l'attività puramente è talora così poco netta che non conviene riannodarvi differenze giuridiche se non nel limite dello strettamente necessario.

con quello che è per me il vero criterio differenziale, di cui quindi è un sintomo molto efficace. Ma a tutto rigore non sempre coincidono esattamente, e inoltre non sempre si può determinarlo con chiarezza: talora (come vedemmo) si confonde con la stessa attività prestata. Di qui l'importanza degli altri indici.

Gli altri indici da cui si potrà desumere saranno vari. Certò potrà essere criterio sufficiente in alcuni casi la natura della prestazione. Ad es. si potrà ammettere spesso che quelle di natura più elevata, come le meno adattabili a subire il giogo dell'« *arbitrium* » del creditore del lavoro, lascino sospettare più probabile l'autonomia. E questo è vero: non ho che ricordare le professioni liberali, e molti contratti di lavoro artistico. Ma non è criterio assoluto: la spazzatura della neve può essere assunta a gestione autonoma, così come un medico, o un artista di canto, o un professore universitario sono subordinati all'istituto, all'impresario o allo Stato. Non siamo dunque di fronte a un indice sicuro, nè tanto meno a un criterio che possa essere assunto a base della classificazione di locazione d'opere e locazione d'opera.

Infatti vi sono alcuni casi per sè dubbi a tutta prima. Il contratto tra l'allievo e il maestro, avente per iscopo l'acquisto di nozioni intellettuali o manuali, che locazione è? Noi supporremo il caso nella sua forma più semplice, escludendo quindi quello in cui l'allievo (apprendista) sia tenuto a del lavoro per parte sua nell'interesse del precettore, come è nel tipo odierno e corrotto di contratto di tirocinio. Se si avesse in mira solo la quantità di lavoro prestato dall'insegnante, si avrebbe la locazione di opere; ma questo non si verifica mai e invece si ha di mira lo scopo che ambedue le parti si prefiggono, e cioè l'adottamento; quindi si ha una locazione d'opera. Infatti il maestro non presta all'allievo una quantità di forze intellettive o fisiche perchè l'allievo ne disponga e le diriga come vuole, ma è lui che dirige la istruzione che egli impartisce, che provvede a guidare la mente dell'allievo in quella misura che egli reputa necessaria e sufficiente per raggiungere quello scopo. Il caso può essere dubbio quando, ad es., un padre di famiglia incarichi un precettore di dare al figlio lezioni senza l'obbligo di raggiungere uno scopo determinato, un dato risultato, e seguendo quell'indirizzo che piaccia al padre di fissare ¹⁾. Tale è il

¹⁾ Il DANKWARDT (op. cit., p. 363) fa questa distinzione, ma in un altro senso, ritenendo esservi sempre locazione d'opera solo quando sia determinato il tempo: cioè il principio e il fine dell'opera (insegnamento). Ciò non è esatto: chè neppure quando si tratti veramente di locazione d'opera la determinazione del tempo è necessaria, potendo risultare tacitamente da quello che è necessaria normalmente per compire l'istruzione. E nel caso che vi sia locazione di opere, si avrebbe una locazione di opere a tempo: e che perciò? Non sono due concetti ripugnanti. — Col

caso, quasi sempre, pei maestri elementari stipendiati dai Comuni: è il Comune che determina i programmi, i libri di testo, i metodi di insegnamento. In tal caso non mi sembra inesatto l'ammettere una locazione di opere, appunto perchè la gestione del lavoro non è più accentrata nell'insegnante ¹⁾).

Da questo caso rileviamo dunque che la differenziazione tra i due contratti che studiamo non ci può esser data dalla natura della prestazione di lavoro ²⁾. Poichè la medesima prestazione può essere oggetto indifferentemente di una locazione di opere o di una locazione d'opera. Ad esempio posso incaricare un giardiniere di riattare il mio giardino per conto suo, da sè, facendo tesoro della propria esperienza, come posso assumermi di sorvegliarlo, dirigerlo, e di dare al giardino quell'aspetto che a me piaccia secondo i sistemi da me preferiti, as-

testo il LEVASSEUR, *Salariat et salaires*, p. 9. Invece è certo lavoro subordinato quello dell'istitutore in un collegio. LEVASSEUR, op. e l. cit.

¹⁾ Con questo criterio potremo risolvere qualunque caso. Così: la domestica che attende alla cucina sotto la direzione della intelligente padrona di casa è locatrice di opere; il cuoco che nella cucina impera sovrano (un caso, si noti, che non si verifica se non nelle grandi aziende d'albergo o private: cfr. Proibiviri alimentari, Milano, 8 agosto 1898, *Massim.* del REDENTI, cit., n. 25), è locatore di opera, *conductor operis*, così come lo era già ai tempi della guerra di Annibale; cfr. fr. 18, § 1, *de aed. ed.*, 21, 1 e PERNICE, *Ztsch. f. Sav.-Stift.*, 9 (R. A.), p. 246. Se io, esperto della montagna, mi prendo un « portatore » vi è certo locazione d'opere; se mi faccio condurre da una guida, l'organizzazione dell'ascensione si accentra in quest'ultima, che è lavoratore autonomo. Chi abbia esperienza di ascensioni alpine e sappia il dovere di obbedienza che in genere spetta al turista verso la guida, che a tutto provvede, comprese le provvigioni di bocca, troverà giusta questa conclusione. Su questo caso ancora appresso. Naturalmente a questa guida incomberanno anche i rischi ordinari del lavoro. In pratica però tariffe consuetudinarie possono anche modificare questo, attenuando i rischi. E infatti io credo che questo sia uno dei casi in cui è ammesso ad es. il pagamento di una mercede proporzionale all'attività spesa, ma non intera se la ascensione non riesce per ragioni obbiettive (atmosferiche), mentre è dovuta tutta se non riesce per ragioni soggettive al turista. In questo senso anche RÜMELIN, cit., p. 105, che a torto ne deriva conseguenze inammissibili che or ora vedremo. Cfr. pure ASQUINI, op. cit., p. 31, nota 34.

²⁾ Anche la gestione di un « affare » (in specie con rappresentanza) può essere lavoro subordinato o autonomo: che il rappresentante dichiari la sua volontà, con suo personale apprezzamento di circostanze non implica necessariamente attività autonoma nel senso che ci interessa. Che si intenda per « affare » cfr. sopra, p. 269 sg. Il LOTMAR, op. cit., I, p. 327, sostiene che non si possono assumere le locazioni di opere e di opera a forme fondamentali perchè per esse è indifferente la natura della prestazione: ad es. la trattazione di affari pel Cod. civile germ. è suscumbibile sia nella locazione di servizi, sia in quella di opera. La cosa è evidente, ma è anche evidente che non è questo il criterio basilare della classificazione che stiamo studiando. Il taglio dei capelli fatto dal parrucchiere è lavoro autonomo nei rapporti col cliente, è lavoro subordinato, se è compiuto dal garzone, nei rapporti col principale: desumo l'esempio proprio dal LOTMAR l. cit.). È un'incongruenza? Ma no: sono due situazioni ben differenti!

sumendo io la gestione e i rischi. Lo Schreiber fa una enumerazione di casi a questo proposito che non persuade e che dimostra ancora una volta come sia pericoloso il dare alla fissazione di un termine maggior importanza di quello che deve avere. Io posso, dice, assumere un maestro per tempo determinato, perchè istruisca mio figlio e allora e locazione d'opere, oppure incaricarlo di istruirlo perchè superi un dato esame e allora sarebbe locazione d'opera. Evidentemente qui ha influito il comune criterio della attività o del risultato. Ma non si capisce come, pur rimanendo sostanzialmente identico in ambo i casi il modo di prestazione del lavoro, e in genere l'organizzazione di questo ultimo, l'esservi un termine, oppure l'obbligo di raggiungere un determinato scopo debba influire in modo da dar luogo a due distinti contratti.

Un altro criterio, cui si è già alluso nell'ultimo numero, è la competenza o no del creditore del lavoro quanto al lavoro promessogli. Se è affatto profano, c'è da esser quasi sicuri che il lavoro è autonomo: come può dirigere il lavoro? Come può organizzare ciò che al lavoro si attiene? Questo è anzi un criterio più sicuro del precedente (ne è un esempio il lavoro delle professioni liberali): ma anche questo, checchè ne pensi il Rosin ¹⁾, non mi pare un criterio assoluto, potendo (come vedremo) il creditore dirigere il lavoro a mezzo d'altri, e avere lui pel resto l'organizzazione di cui il lavoro non sarebbe che uno degli elementi. È un'ipotesi più frequente che non si creda. Ad ogni modo nel dubbio in tal caso il lavoro sarà da ritenere autonomo: tanto più se la prestazione del debitore è rafforzata, come osserva il Rosin ²⁾, da certi elementi di diritto pubblico, oppure dalla qualità di pubblico ufficiale; così l'ufficiale giudiziario in rapporto coi terzi che a lui ricorrono.

Un terzo indice può anche essere il luogo dove la prestazione deve adempersi. Se è il luogo dove pure si trova il creditore del lavoro, è probabile che si tratti di locazione d'opere: caso tipico è il lavoro nell'officina per l'operaio, nell'ufficio per l'impiegato, ecc. Se non è così, allora vuol dire che si rende impossibile o almeno difficile quel contatto tra le parti che rende possibile l'attuazione della subordinazione e che il lavoratore provvede da sè, con mezzi propri, con criteri propri, ecc. Naturalmente va osservato che questo criterio non è assoluto: anzi, è assai più relativo di quelli cui sopra abbiamo accennato. Niente toglie infatti che per mancanza di posto, ad es., un operaio sia dislocato altrove, provvisoriamente; o che un operaio, un impiegato siano mandati a espletare le loro mansioni in luogo distante, senza che la subordinazione manchi. Viceversa se si tratta di un fatto permanente risorgerà, persistendo il dubbio, la presunzione di autonomia:

¹⁾ Op. cit., II, p. 36.

²⁾ Op. cit., p. 37.

è perciò che, come meglio vedremo, credo lavoro autonomo il lavoro a domicilio, tanto più se il lavoratore a domicilio, come talora accade ¹⁾, sia autorizzato a lavorare per altri: concorre allora anche l'indice seguente. Il caso però del lavoro a domicilio ²⁾ è complesso perchè in pratica assume forme varie. Certo rappresenta in genere uno stato intermedio tra l'artigianato e il lavoro di fabbrica, cioè ha un po' del primo che è lavoro eminentemente autonomo, e del secondo che è lavoro subordinato ³⁾, ma assai più del primo: perchè il ricevere dal creditore del lavoro la materia prima, e certe macchine, e inoltre il non avere la gestione commerciale della propria produzione, tutta incanalata a un dato industriale, non sono affatto elementi incompatibili coll'autonomia del lavoro. L'elemento intorbidatore (anche socialmente!) qui viene in apparenza dal fatto che quasi sempre tra il lavoratore e l'industriale si interpone un intermediario. Ora, sia che questi si limiti a rappresentare l'industriale, o che sia contraente in proprio nome (dunque una sublocazione: è il caso più frequente, di lavoratori a domicilio che distribuiscono ad altri il troppo lavoro assunto, speculando sulla mano d'opera), sempre si verifica, tuttavia, il fatto che manca completamente la sorveglianza sul lavoro dell'industria domestica ⁴⁾; che il lavoratore risponde oggettivamente della *bonitas operis* (e come sarebbe possibile diversamente, data la dislocazione?) ⁵⁾; che fornisce

¹⁾ Cfr. ad es. Proviv. tessili, Bologna, 4 maggio 1902, nel *Massim.* del RENTIERI, n. 36. Debbo però ammettere la tendenza nella pratica e nella dottrina a considerare il lavoro a domicilio come locazione d'opere: cfr. PIC, *Traité*, n. 873 bis. Occorre però osservare anzitutto la riluttanza della legislazione sociale a disciplinare questa forma di lavoro (cfr. sopra, p. 617, e appr.); poi il fatto che raramente il lavoratore a domicilio stipula direttamente coll'industriale. Spesso è in rapporto con un intermediario; ciò che costituisce una delle piaghe di questa forma di lavoro. Cfr. lo stesso PIC, op. cit., p. 681. Sull'argomento cfr. il § seg.

²⁾ Un caso dubbio, in proposito si presenta con frequenza quando un lavorante che offre i suoi servigi al pubblico (su ciò appresso) si rechi a prestar l'opera propria in casa del cliente (es. una sarta che lavora a giornata presso la signora che ne ha bisogno; impresa di lucidatura di pavimenti che manda nelle varie case i propri operai, ecc.). Si noti: i due esempi qui sono diversi. Nel primo abbiamo un lavoratore che dispone di sé direttamente colla cliente e probabilmente si dovrà avere qui un'opinione eclettica, come, a quanto pare, hanno qui il COSAK, op. cit., § 148; e il RÜMELIN, op. cit., p. 4. Nel secondo il lavorante dipende da un imprenditore, e il cliente non è che un terzo accipiente della prestazione: per tal caso non si hanno rapporti contrattuali tra il cliente e il lavoratore, cfr. sopra, p. 60-61.

³⁾ Cfr. in generale sul lavoro a domicilio la monografia del MARCONINI, *L'industria domestica a domicilio* (Torino, 1914), che però ha completamente trascurato il problema della natura giuridica del rapporto. Ne fa però un « subappalto »: op. cit., p. 304 sg.

⁴⁾ MARCONINI, op. cit., p. 32.

⁵⁾ MARCONINI, op. cit., p. 33. Veramente questa è conseguenza giuridica dell'essere il lavoro autonomo, anzichè subordinato (cfr. sopra, n. 221). Ma qui alludiamo all'atteggiamento concreto che in pratica il rapporto assume.

materia accessoria (filo), e istromenti (aghi, ecc.). Insomma la mancanza di ogni contatto col lavoratore mi fa ritenere che sia una specie di artigiano che riceve la materia prima e non smercia i prodotti al pubblico. Tutto ciò è vero, sia committente l'industriale, o (come è più spesso) l'intermediario (il « fattorino » toscano, nell'industria della paglia), che quindi sarebbe vero subappaltatore.

Dunque la dislocazione permanente del lavoratore è un indice molto sensibile in favore dell'autonomia del lavoro ¹⁾. Ma bisogna in tal caso che il lavoratore organizzi e diriga da sè il proprio lavoro; e questo può anche non essere, sia pure che il lavoro sia compiuto non nell'officina o nel cantiere centrale dei lavori. Così fu giudicato che scalpellini, i quali lavoravano la pietra non nel cantiere della costruzione edilizia cui la pietra doveva servire, ma in cantiere separato erano pur sempre dipendenti, e in pieno arbitrio dell'imprenditore dei lavori ²⁾. E così pure può d'altra parte essere che in un'officina o in un cantiere si trovi, per necessità o, meglio ancora, solo occasionalmente, un lavoratore autonomo, sia pure che il risultato del suo lavoro debba servire permanentemente all'officina o al cantiere ³⁾. È compito del giudice ricercare altri criteri che accertino l'autonomia organizzazione di questo lavoratore ⁴⁾. E questo è un punto molto delicato, in cui facilmente la giurisprudenza può lasciarsi da sentimento d'equità prender la mano e riconoscere, a torto, un obbligo di assicurazione contro gli infortuni a carico del proprietario del cantiere,

¹⁾ Nel senso qui accolto, quanto al lavoro a domicilio, cfr. pure HESS, *Einfache und höhere Arbeit*, cit., p. 51 sg. Per la « locazione di servizi » del Cod. civ. germ. invece cfr. LOIMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 311; II, p. 630 in nota, ecc. Certo, non mi nasconde che colla nostra teoria la posizione del lavoratore a domicilio è, per certi lati, aggravata, in quanto su lui grava il rischio del lavoro. Ma d'altra parte il rapporto è quale la vita reale l'ha plasmato. Al qual proposito debbo osservare come dalla giurisprudenza (anche perchè questo rapporto sfugge, come s'è visto, alla legislazione del lavoro) non ho potuto ricavare alcun orientamento.

²⁾ Cass. Roma, 12 luglio 1907, *Contr. lav.*, 1908, 160. È giurisprudenza accettabile solo se davvero l'organizzazione di lavoro di quegli scalpellini era accentrata nell'imprenditore della costruzione edilizia. Ma se assumevano di elaborar per conto loro un prodotto, sia pure dietro indicazioni dell'imprenditore, erano in realtà subappaltatori, anche se rientra nelle loro mansioni un lavoro di collocamento e rifinimento della stessa costruzione edilizia. In tal caso, come si capisce, mancava nell'imprenditore di questa costruzione l'obbligo dell'assicurazione.

³⁾ La possibilità di questo lavoratore autonomo, malgrado il no-go di lavoro, è ammesso dalla Cass. pen. 27 giugno 1911, *Foro it.*, II, 19, che è esatissima nel determinare i connotati della locazione d'opera. Cfr. pure, l'esempio del cuoco, sopra, p. 658, nota 1. Cfr. ancora sopra, p. 648.

⁴⁾ Il Pretore di Bagni S. Giuliano, 31 agosto 1905, *Contr. lavoro*, 1906, 81, ha ammesso, a mio avviso esattamente, quest'autonomia nel caso di uno scalpellino cottinista in una cava di pietre da altri (datore del cottimo) assunto. Anche qui: unità economica, ma non unità giuridica: cfr. in senso contrario l'ARIAS (ivi).

e a favore dei dipendenti del lavoratore autonomo ivi installato ¹⁾, in base alla pura dipendenza economica ²⁾.

Un altro criterio distintivo può essere se il lavoratore offre le sue energie a molti, cioè al pubblico, a chi del pubblico lo ricerchi, o solo a una determinata persona. Anche questo implica, nel secondo caso, la possibilità di un contatto duraturo che manca nel primo: è un fatto di cui dovremo poi ridiscorrere.

Così pure se il lavoratore fa uso di propri strumenti di lavoro si potrà ammettere l'autonomia più facilmente che nel caso contrario ³⁾. Può però essere che il lavoratore autonomo adoperi strumenti non propri, ma del committente: com'è, ad es., per certe applicazioni del lavoro a domicilio. Certo è che in tal caso è eliminato il rischio dipendente dagli strumenti; il che non sopprime affatto l'autonomia, ma la diminuisce, come diminuisce il rischio.

Infine l'avere alla propria dipendenza altri lavoratori subordinati è per lo più indubbiamente un sintomo di accentramento nel lavoratore in questione di un'organizzazione ad impresa ⁴⁾, quindi di lavoro autonomo. Naturalmente in tal caso ⁵⁾ il lavoratore avrà su di sé l'organizzazione del lavoro che ha assunto, e che gerirà con propri criteri direttivi. Perciò anche speculerà sulla differenza tra la mercede a lui promessa e quelle da lui promesse ai dipendenti. Questo anzi è un presupposto essenziale, mancando il quale il lavoratore non sarà che un intermediario che agisce nell'interesse e a nome della persona da cui ha avuto l'incarico, e in tal caso ci potrà anche essere subordinazione, l'impresa accentrandosi nel rappresentato, non nell'intermediario ⁶⁾.

Ma anche questo, si noti, non è che un sintomo relativo. In fatti non è inconcepibile che un lavoratore subordinato attui il lavoro gio-

¹⁾ Talora non sussiste neppure tra il lavoratore autonomo e il proprietario dei locali un rapporto di appaltante e appaltatore, ma solo il godimento dei locali dove il lavoro è attuato; quindi eventualmente disposizioni disciplinari che nulla hanno a che vedere con un contratto di lavoro. Es. per l'uso che le carovane di facchini hanno dei locali della dogana appartenenti allo Stato. Cfr. su questo caso appr. n. 229.

²⁾ Cfr. sopra, p. 648-649.

³⁾ È un criterio a cui si attiene spesso la nostra giurisprudenza. Cfr. Cassazione pen. 17 novembre 1908, *Contr. lav.*, 1909, 50.

⁴⁾ Occorre una vera e stabile organizzazione. Cioè un saldo organismo economico. Tale non sarebbe il caso di un operaio che nell'eseguire il suo lavoro si valesse dell'aiuto di qualche ragazzo, senza neppur retribuirlo. In tal caso mancherebbe la qualità di imprenditore e l'obbligo dell'assicurazione. Pret. Castel di Sangro, 29 ottobre 1906, *Contr. lav.*, 1908, 62. E neppure il caso di un carrettiere che si fa aiutare, in un'operazione di scarico, da altre persone. Ottima su ciò la sentenza della Cass. Firenze, 14 maggio 1908, *Contr. lav.*, 1908, 276.

⁵⁾ ROSIN, cit., p. 40.

⁶⁾ In questo senso cfr. Prob. Edilizie, Torino, 25 sett. 1903, nel *Massim.* del REDENTI, n. 470.

vandosi per conto proprio della cooperazione di altri lavoratori da lui dipendenti, e dei quali risponde lui stesso di fronte al creditore del lavoro. Ciò accade appunto col cosiddetto « cottimo collettivo » autonomo (il *marchandage*) ¹⁾; un capo operaio assume nello stabilimento un dato lavoro, a cui attenderà coll'aiuto di un gruppo di operai, a lui subordinati; e ciò contro promessa di una mercede globale a cottimo, sulla quale dovrà pagare i subordinati. Come si vede anche qui egli specula sulla differenza: ma non è detto con ciò che egli sia lavoratore autonomo, benchè cottimista, di fronte al capo dello stabilimento.

In realtà abbiamo qui una curiosa giustapposizione di situazioni. Infatti è certo che nei limiti delle attribuzioni che spettano al debitore del lavoro che ha assunto il cottimo, egli ha imperniato in sè l'organizzazione di quanto si attiene all'attuazione concreta di quelle attribuzioni ²⁾. Cosicchè, ad es., tra il capo dello stabilimento e questi operai dipendenti dal capo gruppo non si attuano, di regola, rapporti diretti ³⁾. Tutto ciò secondo la comune manifestazione di questo rapporto, che può anche subire modificazioni, non però essenziali. Quello

¹⁾ Cfr. ROSIN, cit., I, p. 178 sg. Il caso del riquadratore, che (a quanto si rileva dai probiv. Torino, 10 agosto 1906, *Contr. di lav.*, 1906, 357) deve provvedere a condurre con sè al lavoro un garzone sfiora certo questo patto: ma non è cottimo, perchè pagato a giornata.

²⁾ E infatti è il capo-cottimista che sceglie gli operai, senza obbligo di dare avviso all'imprenditore riguardo a ogni assunzione di operai; è lui che deve tenere, a norma degli art. 25 e 28 del testo unico infort. sul lavoro, il libro di matricola e il libro paga per gli operai che assume (cfr. Cass. Torino, 17 febbraio 1913, *Foro it.*, 1913, I, 1360), benchè l'onere dell'assicurazione (cfr. nota seg.) non ricada su di lui. Vedremo come talora gli operai scelti dal capo fabbrica debbano appartenere a quelli già dipendenti dalla ditta: nel qual caso i poteri organizzativi del capo-cottimista sono anche più limitati.

³⁾ Che l'obbligo dell'assicurazione ricada sull'imprenditore riguardo agli operai dipendenti dal capo-cottimista può sembrare un'anomalia, anche per averne il regolamento (art. 10) dovuto fare espresso accenno: appunto perchè non sono dipendenti dall'imprenditore. In realtà il cottimista è qui lavoratore subordinato; egli ha diritto quindi per sè a un sano ambiente di lavoro (art. 1124), per sè, quindi anche per i suoi dipendenti, che ne sono in certo modo la *longa manus*. E così anche per l'assicurazione. Si può questa conseguenza giustificare, dunque, col concetto di una unità economica, costituita dal capo dello stabilimento, e dal cottimista capo-gruppo (così L'ARIAS, in *Contr. lav.*, 1906, p. 79-80), purchè si aggiunga che si tratta di unità economica costituita da una subordinazione del capo-gruppo che lavora nell'officina al capo di quest'ultima; diversamente si corre il rischio di intendere la nostra « dipendenza » in quel senso lato di « dipendenza economica » che sopra (p. 648) abbiamo escluso. Tutto ciò, come si capisce, svaluta d'assai l'importanza della autonoma organizzazione interna accentrata nel cottimista; e ciò è perfettamente naturale, perchè non è che un'organizzazione embrionale e soprattutto, ripeto, circoscritta nei limiti delle mansioni di un lavoratore non autonomo ma subordinato. Questa è, certo, una figura complessa molto interessante (che avanti analizzeremo meglio), perchè si trova nel territorio della locazione d'opere, ma proprio all'estrema zona di confine colla locazione d'opera.

che importa è che se un'embrionale organizzazione del lavoro, molto limitata, è accentrata nel capo-cottimista, questo non toglie che egli sia lavoratore subordinato ¹⁾ relativamente al lavoro assunto. Abbiamo dunque una sovrapposizione, o meglio un amalgama di situazioni apparentemente contraddittorie, ma in realtà conciliabili tra loro, per i più larghi poteri che — nei limiti del lavoro subordinato — il cottimo concede al lavoratore ²⁾.

224. Ma anche l'autonomia della locazione d'opera non va intesa, così come neppure la subordinazione della locazione d'opere, in senso assoluto. Anche qui troviamo i medesimi limiti. Anzitutto si riferisce all'elaborazione tecnica del lavoro necessario per giungere al risultato promesso ³⁾: è chiaro che questa autonomia è conseguenza dell'accenramento nel lavoratore, a differenza del caso precedente, di quella che io ho chiamato gestione del lavoro, coi rischi, i criteri direttivi e le responsabilità che ne conseguono. E inoltre che, a differenza della subordinazione, siccome si tratta di un concetto affine allo stato normale di autonomia del lavoratore nei periodi in cui non lavora, non possono sorgere le difficoltà che per la subordinazione si presentavano.

In secondo luogo anche questa autonomia tecnica può essere variamente limitata, o in sè, o nelle conseguenze.

Anzitutto, infatti, possono essere escluse delle facoltà o delle iniziative, possono esser determinati contrattualmente dei limiti a quell'autonomia. In ispecial modo può essere che il committente fornisca la materia prima ⁴⁾ o il contratto determini, oltre al disegno o alla natura in genere del risultato, anche la specie della materia prima, o il metodo di elaborazione. In tal modo sarà diminuita l'autonomia, ma non esclusa tuttavia: entro quei limiti rimane all'assuntore una libertà di organizzazione. La conseguenza sarà inevitabilmente una proporzionale

¹⁾ Tant'è vero che per il citato art. 10 regol. inf. lav. deve essere assicurato a carico del capo dello stabilimento. E infatti non è verosimile che un lavoro fatto nello stabilimento con mezzi, strumenti e su materia prima del capo di esso, nell'orbita insomma dove irradia la potestà sua di direzione e vigilanza, che questo lavoro, dunque, sia autonomo. Cfr. ancora appr., n. 233, a proposito della commercializzazione del lavoro proposto dal GUYOT. Col testo Cass. Roma, 4 aprile 1911, *Contr. lav.*, 1911, 17.

²⁾ Cfr. sul cottimo collettivo più diffusamente appr. nel paragrafo seg.

³⁾ MARTINI, op. cit., p. 56 sg.

⁴⁾ La Cass. Napoli, 20 gennaio 1912, *Contr. lav.*, 1912, 36, ha giustamente osservato (contro la Corte d'App. di Napoli) che l'elaborazione di materia prima del committente si concilia benissimo col carattere autonomo di impresa del lavoro. Del resto l'art. 1634 non prevede appunto questa ipotesi? L'errore della Corte d'Appello è perciò inesplicabile: tutt'al più l'aver ricevuto materia prima dal creditore del lavoro potrà valere, quando proprio sussista il dubbio, come indice in favore del lavoro subordinato.

riduzione del rischio: l'assuntore non risponderà dei difetti inerenti alle indicazioni contrattualmente prescritte: non ne risponde perchè esorbitano dall'autonomia organizzatrice a cui si riconnette in proporzione la sopportazione del rischio.

Naturalmente nella limitazione di questa categoria non si può andare oltre un certo segno. Deve essere limitazione, non esclusione. Per esempio non si può ritenere assolutamente conciliabile colla natura della locazione di opera e colle regole sue proprie che il committente si riserbi il diritto non solo di sorvegliare, ma anche di dirigere e scegliere i mezzi di lavoro. In tal caso se anche le parti intesero creare una locazione d'opera, effettivamente c'è locazione di opere, dato però che il creditore del lavoro abbia fatto uso di queste sue facoltà. Qualora ne faccia uso, si applicano le norme sulla locazione di opere, e l'effetto più importante in pratica è che allora la responsabilità circa la bontà del lavoro è a carico del creditore del lavoro, non del lavoratore; perchè essa gravi sul debitore del lavoro occorre che quest'ultimo sia stato libero di agire; è quanto dice Giavoleno: « si arbitrio domini opus efficeretur, tum nihil praestare domino de bonitate operis videtur » ¹⁾).

Contro quanto sosteniamo, il Sintenis ²⁾ si provò a dimostrare come non fosse per nulla affatto necessario alla locazione d'opera che il conduttore abbia la direzione del lavoro. Ma tale sua affermazione poggia sull'errata interpretazione di alcuni testi romani, come fu dimostrato ³⁾. Qualcosa di vero però in quanto sostenne il Sintenis c'è: ed è che non è richiesto che il conduttore d'opera abbia la direzione piena e assoluta sui lavori. Questo tipo puro e semplice di locazione d'opera in pratica si intorbida alquanto. Tutto sta nell'indagare da qual parte sia la prevalenza nella direzione.

In secondo luogo può prodursi una situazione perfettamente inversa. Può, cioè, essere limitata l'autonomia non in sè, ma nelle sue conseguenze: cioè può esser limitata la sopportazione del rischio: sarebbe l'attenuazione di uno degli effetti più tipici dell'autonomia, quindi possibile senza pregiudizio della natura del rapporto, come locazione d'opera. Come si vede, se l'autonomia rimane salva, non ci dovrebbero esser dubbi sulla natura del rapporto. Ma ne discorriamo qui perchè il caso ingenera dubbi, in pratica: bisogna infatti esser bene certi che quella limitazione non rappresenti una conseguente limitazione

¹⁾ Fr. 51, § 1, *h. t.*, XX, II. Non è che una limitazione di quel genere, accettata, sia nulla. È valida (art. 1123), ma resta inteso che non è più lavoro autonomo, ma subordinato, cioè è locazione d'opere. Le conseguenze pratiche sono molto gravi. Tra l'altro l'applicabilità delle leggi sociali di tutela del lavoro.

²⁾ *Civilrecht*, II, p. 621.

³⁾ Cfr. DANKWARDT, nei *Jahrbücher* di JHERING, XIV, p. 305.

dell'autonomia: e anzi, in linea generale, data la strettissima correlazione che intercede fra i due fatti bisogna ritenere che la limitazione del rischio porti con sè anche la limitazione proporzionale dell'autonomia, quando vi siano elementi che possano determinare la portata di quest'ultima.

Vi è anzitutto, dal punto di vista dell'impossibilità del risultato, una forma tipica di questa limitazione del rischio, da cui normalmente esula ogni intenzione di limitare correlativamente l'autonomia. Essa è data dalla promessa di remunerazione anche pel caso in cui il risultato promesso non sia ottenuto (o non sia ottenuto nei modi voluti). In tal caso la remunerazione è ridotta in una misura determinata in proporzione della totale. Oppure è calcolata non più sulla base del risultato come sintesi della prevista spesa di lavoro, ma sulla base del lavoro effettivamente speso. È certo che in tal guisa ci avviciniamo, almeno apparentemente, alla locazione di opere, dove è presa in considerazione per lo più la durata di lavoro, non il risultato, per la determinazione della mercede ⁴⁾. Apparentemente, perchè vedremo quanto la distinzione tra lavoro a tempo e a cottimo sia indipendente da quella tra locazione di opere o di opera. È una ipotesi di cui discorreremo nel paragrafo seguente ⁵⁾.

Vi può essere alleggerimento del rischio anche quanto alla difficoltà del lavoro. Quest'ipotesi è assai meno frequente della precedente: forse è perciò che da qualcuno ³⁾ si è assunto il rischio della difficoltà a criterio differenziale. Ma, come sopra abbiamo notato, neppure questa attenuazione è impossibile; che la legge nell'art. 1640 preveda in modo esplicito il caso di una maggior difficoltà di prestazione (per aumento di prezzo nella mano d'opera, ecc.) accollandone il rischio al lavoratore, non vuol dire che tra le parti non possa anche pattuirsi di rilevare in parte almeno il lavoratore dalle conseguenze di quei rischi. Questo accollo, parziale o no, al creditore del lavoro, può avvenire ⁴⁾: a) con patto espresso contemporaneo, oppure posteriore ⁵⁾ alla stipulazione del contratto, al sopravvenire del rischio; b) con un aumento del prezzo di cottimo, in cui è quindi compreso il calcolo del rischio eventuale per maggiori difficoltà: questa è la forma più comune, che dà luogo a una massima semplificazione di

⁴⁾ Cfr. in proposito appr. n. 227. Cfr. pure EMERICH, *Kauf und Werklieferungsvertrag* (nelle *Abhandl.* di FISCHER, IV), p. 675. Questa possibilità di attenuazione di rischio è, pare, negata dal RIEZLER, cit., p. 46. Ma il CROME lo accusa a ragione di soverchio formalismo (*Partiar. Rechtsg.*, I. cit.).

²⁾ Cfr. appr. n. 241.

³⁾ Cfr. ASQUINI, op. cit., p. 28.

⁴⁾ Cfr. in proposito il LOTMAR, op. cit., II, p. 769 sg. L'accollo può aver la forma di promessa di premi (es. per la sollecita consegna).

⁵⁾ A questo caso allude l'art. 1640 in fine.

situazione: in caso di maggior difficoltà il lavoratore non potrà nulla esigere oltre la somma determinata per il risultato di lavoro ¹⁾.

Che possa essere addirittura pattuito un completo accollo del rischio di difficoltà al creditore del lavoro è certamente possibile. Ma, soprattutto se è esteso al rischio di impossibilità, avrebbe per effetto quasi sempre la soppressione dell'autonomia di lavoro nel lavoratore, una ingerenza assidua del creditore del lavoro (da sè o per mezzo di incaricato) che darebbe luogo a una locazione d'opere. Si noti: quasi sempre, non (almeno in teoria) sempre. In pratica vi sono casi (specie quando si tratti di artigiano) in cui il lavoratore, indubbiamente autonomo, specifica la mercede indicando: a) le giornate di lavoro realmente compiute, sia proprie sia dei propri garzoni; b) le spese borsuali sopportate. In questi casi però il rischio dell'impossibilità grava quasi sempre il lavoratore: non è a mia conoscenza che vi siano casi in cui anche questo rischio è sottratto al lavoratore ²⁾.

Quel che importa qui osservare è che la limitazione del rischio, quando lasci intatta l'autonomia, incontra dei limiti naturali nella convenienza pratica cui deve rispondere (come s'è visto) l'accollo al lavoratore dell'organizzazione autonoma del lavoro. È inutile quindi insistere su un problema astratto (*quid juris* di una completa sop-

¹⁾ Può convenirsi anche in forma di mercede supplementare proporzionata al tempo di maggior lavoro richiesto. Su questo caso cfr. appr. n. 241.

²⁾ Il PERREAU, *Contr. de trav.*, p. 20, trova opportuno estendere il concetto del *contrat de travail*, inteso come locazione d'opere, anche alla locazione d'opera (e al cottimo: ma questo, come vedremo, appr. n. 240, è contrattualmente e praticamente possibile); l'idea madre qui è la modificazione delle regole del rischio del lavoro, permettendone un accollo legislativo al creditore del lavoro, non importa quindi se subordinato o autonomo. Questa enormezza giuridica, che rivela in una parte notevole della dottrina francese una strana disinvoltura in materia di principi giuridici, è confermata nel progetto di contratto di lavoro del Governo francese (eod. p. 136), che sussume nel « *contrat de travail* » anche il contratto con l'artefice che somministri, oltre al lavoro, materia prima che si possa considerare accessoria al lavoro; quindi il rischio proveniente da questa materia prima dovrebbe essere accollato al creditore del lavoro. Si vuole, insomma, derogare all'art. 1788 (art. 1635 C. civ. it.), per generalizzare solo l'articolo 1789 (art. 1636, C. civ. it.). Ora delle due l'una: o il lavoro è subordinato, e allora si potrà, con molto sforzo, scindere il contratto in due; contratto di lavoro e alienazione all'imprenditore della materia prima procurata; l'artificio non manca, ma i principi sono salvi. Oppure il lavoro è autonomo: e come è allora possibile conciliare questa alienazione anteriore all'elaborazione coll'autonomia impresa accentrata nel lavoratore? Negare il rischio equivale a negare l'autonomia! Del resto lo stesso PERREAU conviene che (p. 136) questo testo « n'est peut être pas très conforme aux principes juridiques; c'est en réalité une disposition bienveillante inspirée par une idée d'équité ». Resta a vedere se tutto ciò sia equitativo anche per il committente: ciò che anche il GROUSSIER, op. cit., p. 137 pare escluda. Devo aggiungere che con tutto ciò si pensava specialmente al lavoro a domicilio (cfr. sopra, p. 660); ma è chiaro che questo scomparirebbe, nessun industriale volendo assumersi quel rischio!

pressione del rischio, per modo da sopprimere ogni differenza colla locazione d'opere²⁾ che non troverebbe nessuna rispondenza nella vita quotidiana.

225. In un secondo senso l'autonomia del lavoratore nella locazione d'opera non è assoluta.

Infatti non si deve credere che, siccome il lavoro considerato come svolgimento di attività necessaria a ottenere lo scopo o l'*opus* è affar proprio del conduttore d'opera, il locatore debba necessariamente essere indifferente all'esercizio progressivo di cotesta attività, debba accontentarsi di aspettare la scadenza del termine per la consegna dell'opera promessa. No; se ciò dovesse essere necessariamente, si dimenticherebbe anzitutto che la locazione d'opera, senza, come poi vedremo, essere una modificazione della locazione di opere, come fu detto inesattamente da qualcuno (e la storia sta a dimostrare quest'errore), contiene pur sempre sostanzialmente un *facere*, una *faciendi necessitas*, e non il solo fatto della consegna dell'*opus*, della tradizione: questo s'è già sopra chiarito⁴⁾. E qui torna utile quanto già osservammo: la visione prettamente empirica di questo contratto non ha dinnanzi a sè infatti che questo momento della consegna; ma la visione giuridica deve tener conto anche dell'esistenza di un rapporto obbligatorio mirante a una produzione di attività nell'interesse del creditore²⁾. E del resto sarebbe fonte di inconvenienti, e assai poco confacente alla pratica, se il creditore dovesse rinchiudersi in una forzata indifferenza. Egli può benissimo tener dietro, non come direttore, ma come spettatore interessato, al regolare e rapido procedere del lavoro, e potrà quindi esercitare certi diritti che solo dietro queste premesse si spiegano, come ad esempio il diritto di arrestare i lavori se ne prevede la difettosità, il diritto di pretendere, ove nessun termine sia fissato, che il lavoro cominci subito, ecc.³⁾.

Si ha dunque un vero controllo, il quale non ingenera nessuna confusione di locazione di opere con locazione di opera. Poichè evidentemente altro è il sopportare un controllo, puramente passivo nei rapporti coll'artefice, altro il ricevere norme ed istruzioni⁴⁾. A queste

⁴⁾ Cfr. MARTINI, op. cit., p. 56 sg.

²⁾ Cfr. sopra, n. 209.

³⁾ Questo concetto è stato espresso dai giuristi romani colla solita loro precisione scultoria, fr. 22, § 2 h. t. « Locat enim artifex operam suam, idest faciendi necessitatem ». E cioè a differenza della vendita non si tratta solo di risultato da consegnarsi in modo istantaneo, ma anche di una attività di lavoro a tratto successivo per consegnarla. Da questo però non dobbiamo ricavare illazioni abbastanza comuni in dottrina.

⁴⁾ La Cassazione di Roma decise opportunamente (18 maggio 1889, *Mon. Trib.*, 1889, 889) che non esclude la locazione d'opera il fatto che il locatore si sia as-

egli non è tenuto (salvo nei limiti contrattualmente designati che, come s'è visto, salvaguardino la sostanziale autonomia del lavoratore ¹⁾); nè le deve impartire il creditore sorvegliante, o la persona o ufficio da lui incaricati della sorveglianza. E ciò perchè della misura e qualità dei lavori risponde il lavoratore, e il lavoratore solamente, fino a patto contrario; se al committente fosse lecito dare istruzioni siingerebbe in una cerchia di attività altrui, col rischio di modificare quel complesso di fattori ed elementi che il conduttore ebbe di mira, come presupposto del suo guadagno, nel momento di stipulare il contratto ²⁾. In questi casi adunque la direzione vera ed effettiva spetta completamente al conduttore. Ma si danno tuttavia in pratica dei casi in cui è incerta a tutta prima la situazione delle cose. E cioè quando allato al conduttore o imprenditore si ponga non un semplice agente-osservatore, come fin qui vedemmo, ma qualcosa di più, ad esempio un architetto.

L'architetto, si dice ³⁾, redige il piano dell'opera, sorveglia l'esecuzione conforme a tale piano, e la dirige. In tal caso l'architetto avrebbe funzioni più estese che non l'agente-controllore. E cioè, oltre al controllo e alla sorveglianza nell'interesse del committente (funzione che non lo costituisce però necessariamente un mandatario di quest'ultimo, come asserisce il Vita-Levi ⁴⁾), ha anche l'incarico di sorvegliare acciò l'esecuzione del lavoro affidata primariamente all'imprenditore corrisponda al piano prestabilito. Ma comunque non vi è contatto diretto tra l'architetto e gli operai; l'architetto, finchè rimane semplicemente tale, non si assume l'esecuzione, questa rimane all'imprenditore scelto dal committente, o anche dall'architetto in rappresentanza del primo; ciò che è indifferente, poichè anche nel secondo caso correrebbe rapporto immediato di locazione d'opera tra committente e imprenditore ⁵⁾.

L'architetto dunque non ha, per lo più, che a curare la corrispondenza del lavoro e dei suoi risultati col piano prestabilito e, entro questi limiti, è competente a dar ordini o consigli. All'imprenditore

sunta la sorveglianza dei lavori, concorrendo come tale a fornire il tipo o piano dell'opera.

¹⁾ DANKWARDT, op. cit., pag. 317.

²⁾ Cfr. LENEL, in *Jahrb.* di JHERING, XXXIV, p. 39.

³⁾ Cfr. il *Consul. comm.*, 1886, p. 290.

⁴⁾ Cfr. VITA-LEVI, *Loc. e appalti*, II, n. 164.

⁵⁾ Circa la natura dei rapporti tra committente e architetto cfr. appresso. Certo è che per la differente natura del rapporto, se la rovina dell'edificio è dovuta anche a negligenza dell'architetto nelle sue mansioni di sorveglianza, esso è responsabile, non solidariamente, coll'imprenditore (Contro Cass. Torino, 29 ottobre 1908, *Mon. Trib. Mil.*, 1909, 707. Cfr. invece più rettamente App. Genova, 25 maggio 1910, *Temi gen.*, 1911, 224).

anche nel caso estremo deve sempre essere riserbata qualcosa di più oltre la scelta dei materiali e della mano d'opera. Dato che l'architetto, pur non essendo imprenditore, si fosse riserbata la sorveglianza sulla scelta di materiali o della mano d'opera, non avrebbe che un diritto di controllo al più; controllo che può condurre in casi gravi anche alla risoluzione del contratto coll'imprenditore. Se non fosse così egli si trasformerebbe in co-imprenditore ¹⁾. Mentre invece noi fin qui abbiamo presupposto che l'architetto sia un incaricato del committente posto a fianco dell'imprenditore.

Come si vede quando si asserisce che il locatore d'opera (*conductor operis*) è arbitro del modo e dei mezzi di lavoro non si enuncia una massima esatta ²⁾. La direzione a lui rilasciata è concetto eminentemente elastico, e può ridursi a proporzioni minime, a quelle cioè che salvaguardino il persistere sostanzialmente in lui di una autonoma organizzazione di lavoro ³⁾. Perciò non può esser tolto di mezzo completamente, e questo è l'essenziale. Il committente non può arrogarsi il diritto di assumersi tutta la direzione, sia pure esercitando tale diritto a mezzo di una persona incaricata, perchè con questo si negherebbe

¹⁾ Si capisce che l'azione compiuta in tale qualità dall'architetto, cioè di esecuzione del lavoro, costituirebbe una limitazione dell'autonomia dell'imprenditore rispetto a questo lavoro, di cui l'imprenditore non deve affatto rispondere. E quanto è stato rettamente giudicato dalla Cass. Torino, 13 febb. 1912, *Mon. trib.*, 1912. 568: a quel lavoro l'imprenditore è rimasto estraneo.

²⁾ La Cass. pen. 16 febb. 1911, *Foro it.*, 1911, II, 316, ha ritenuto che perchè sussista la qualità di imprenditore, cioè di lavoratore autonomo, occorre che sia esclusa qualunque ingerenza del committente; rifiutò quindi quella qualità al capomastro in un caso in cui il committente forniva il denaro per la materia prima e per pagar gli operai. Ora, questo non basta per escludere la qualità di imprenditore che la Corte di merito aveva invece, forse più a ragione (è *questio facti!*), riconosciuta.

³⁾ Da ciò si deduce che non è dal puro criterio in sè della direzione del lavoro che si può dedurre la natura del rapporto: la facoltà di direzione così come il rischio, non sono che conseguenze di un fatto principale e fondamentale: l'accenramento dell'organizzazione del lavoro in chi lo deve prestare. Sono ad ogni modo fenomeni strettamente connessi; se la variabilità dell'ampiezza, come è dichiarato nel testo della facoltà di direzione può per sè sola in qualche caso far sorgere dei dubbi, molta luce verrà dall'indagare dove stia la gestione del lavoro. E forse con questa elasticità (che in pratica non è poi eccessiva) della facoltà di direzione (autonomia) che si spiega la poca importanza che nella valutazione dei concetti fondamentali il LOTMAR, cit., II, p. 558 sg., dà alla direzione; che secondo questo scrittore, sarebbe fenomeno dipendente da elementi variabili (es. dalla personalità delle parti, come l'inferiorità economica, il grado di coltura, ecc.; oppure dalle modalità e circostanze che accompagnano la prestazione di lavoro, come l'accoglimento del lavoratore nella convivenza domestica). No: quella elasticità, e insieme la elasticità nei limiti della subordinazione (cfr. sopra, p. 632 sg.) non tolgono che si tratti in realtà di un fenomeno connesso a causa fondamentale ben determinata: la gestione del lavoro. Il concetto empirico del LOTMAR non si regge.

implicitamente al contratto la natura di locazione d'opera. L'intromissione di un direttore tecnico non priverà mai l'imprenditore di una ingerenza più o meno limitata nella direzione dei lavori, in quanto si attenga all'esecuzione e alla disciplina della mano d'opera. Certo ad ogni modo è che ai precetti del direttore tecnico dovrà stare per ciò che concerne la conformità dell'esecuzione al disegno prestabilito.

Su questo punto è molto istruttivo l'esame di quanto accade circa la vigilanza sui lavori pubblici concessi in appalto. S'è visto già che qui abbiamo un vero contratto di lavoro di diritto pubblico ¹⁾ governato da norme speciali.

Ora, per l'art. 1 del regolamento 19 dicembre 1875, n. 2854, tali opere si eseguono sotto la responsabilità e vigilanza del capo dell'ufficio tecnico centrale. Questa vigilanza, che si spinge ad essere una vera e propria direzione, è assai estesa. L'art. 3 dice che il direttore dei lavori (il « direttore delle opere », art. 338 legge sui lav. pubbl., incaricato dal Ministero dei lavori pubblici, nella sua qualità di committente), ha la speciale responsabilità a) dell'accettazione dei materiali, b) della buona e puntuale esecuzione dei lavori in conformità ai patti contrattuali ed agli ordini dell'ingegnere capo. Ora si domanda se per tal modo l'autonomia, e quindi la responsabilità personale dell'appaltatore venga ad essere grandemente scemata. Non è lui l'arbitro del modo di elaborazione dell'opera promessa, e la direzione e il controllo sul modo onde i lavori debbono essere condotti spettano al committente.

Sarebbe un errore però il credere che con ciò venga meno ogni autonomia organizzatrice dell'imprenditore. Certo il committente (lo Stato) sorveglia perchè i materiali siano buoni, e la responsabilità su questo punto spetta al direttore dei lavori, non all'appaltatore ²⁾. Ma d'altra parte l'organizzazione, nella parte esecutiva, spetta all'imprenditore, il quale ad es. specula sulla differenza di prezzo dei materiali, da quello preveduto all'epoca della stipulazione del contratto a quello effettivo posteriore all'epoca dell'acquisto dei materiali. È lui

¹⁾ Cfr. sopra, p. 341.

²⁾ È stato talora giudicato che il contratto per cui gli interessati alla esecuzione di alcuni lavori determinati ne danno incarico a un costruttore, con l'obbligo in quei committenti di fornire i materiali occorrenti e di provvedere ad ogni altra spesa, non ha il carattere di mandato o di appalto, ma di semplice « locazione di opere e servizi personali ». Ora, se questo costruttore ha la direzione dei lavori, agisce quindi in una propria sfera indipendente e autonoma di attività; per conseguenza deve rispondere della bontà dei lavori, e cioè, come si esprimono le Corti, si è assunta la garanzia della stabilità di quelle opere: ciò che è inconciliabile coll'esistenza di una *locatio operarum*. Invece talora si esclude espressamente che il patto di questa garanzia possa alterare il carattere del contratto di locazione d'opere.

che organizza il lavoro, cosicchè specula inoltre sulla mano d'opera: chè dall'appaltatore, non dal direttore dipende il personale addetto ai lavori, per ciò che concerne la scelta e il pagamento dei salari e degli stipendi. Inoltre a carico dell'appaltatore stanno le eventuali impreviste difficoltà di esecuzione. — Quello che è a tutta prima caratteristico in questi appalti è dunque solo il fatto che non solo la sorveglianza ¹⁾, ma la direzione del lavoro spetta all'appaltante. L'appaltatore ha una cerchia di attività indipendente più ristretta, in quanto egli deve sempre sottomettersi agli ordini e alle prescrizioni del direttore effettivo, scelto dal Ministero dei lavori pubblici (e per esso dal genio civile).

Tuttavia non mi pare che da tutto ciò scaturisca una figura anomala in confronto a quella che è la normale locazione d'opera pel diritto comune, in ordine all'appalto di lavori importanti. Si capisce che il committente (lo Stato) voglia, così come un privato, controllare d'avvicino l'esecuzione dei lavori. Ciò è anzi tanto più importante per l'appalto di lavori pubblici: si tratta di lavori di interesse pubblico; ora, è necessario che questo interesse sia soddisfatto e garantito nel senso che l'opera deve essere compiuta (a ciò mirano le cautele di cui agli articoli 338, 351, ecc., *legge lav. pubbl.*) e deve riescir assolutamente quale era stata pattuita, perchè abbia a rispondere agli scopi cui deve provvedere. Di qui la necessità di un'ingerenza del committente, diretta ad assicurarsi che l'elaborazione proceda regolare ²⁾. Il modo più spiccio è che il committente sorvegli personalmente il lavoro, e cioè la corrispondenza dell'esecuzione dei lavori ai piani prestabiliti. Se oltracciò l'ingegnere direttore si ingerisce direttamente riservandosi di decidere su atti che nel tipo più puro e ampio della locazione d'opera sono riservati alla autonomia dell'imprenditore (ad es. scelta della materia prima), ciò non significa che l'autonomia dell'appaltatore sia soppressa: essa è puramente limitata, con conseguente limitazione della sua responsabilità, cioè dei suoi rischi.

Limitazione, non esclusione. E infatti la qualifica di « direttore » attribuita dalle leggi a chi per lo Stato sorveglia l'esecuzione dei lavori è alquanto pomposa; non significa affatto che tutta la direzione sia nelle mani sue. Intanto la sua non è sempre direzione nel senso di potestà autoritativa cui l'imprenditore debba sottostare; questi, che ha assunto l'organizzazione dei lavori, e che ne ha il rischio, deve necessariamente avere anche la facoltà di attuare i lavori, secondo quei criteri che gli permettano, a suo avviso, di raggiungere la meta pattuita. In realtà in qualunque lavoro si debbono distinguere due

¹⁾ Cfr. ad es. art. 341 *legge sui lavori pubbl.* All'opinione espressa nel testo ha acceduto l'ABELLO, *Locaz.*, III, p. 6.

²⁾ La possibilità di questo intervento coattivo è prevista dal § 645 *Cod. civ. germ.*

fasi, o meglio due categorie di atti: la decisione circa la natura degli atti da compiere, circa le modalità del lavoro da compiere, specialmente perchè il lavoro proceda conforme al progetto pattuito, e inoltre l'attuazione concreta di questi atti. Per lo più le due categorie di attività sono fuse nel lavoratore autonomo: ma rispetto alla prima, per cui occorre una speciale competenza tecnica, e una conoscenza dei bisogni e delle intenzioni del committente può da questi essergli posta a fianco una persona esperta, cui è devoluta (negli appalti di una certa entità) oltre alla sorveglianza in genere, anche una facoltà di intervento diretto nelle decisioni di questa prima categoria. Ciò accade anche negli appalti di lavori privati (nelle costruzioni edilizie, come s'è visto, l'architetto accanto all'imprenditore).

Ora, normalmente quello dell'architetto, o (pei lavori dello Stato) dell'ingegnere direttore, è, sempre quanto alle decisioni sopra ricordate (non quanto all'attuazione concreta), un intervento che può avere, più che il carattere di una collaborazione che non pregiudichi l'autonomia dell'imprenditore, quello invece di una imposizione, con effetto di limitare l'autonomia dell'assuntore. Quando sia l'una, quando l'altra cosa non è questo il luogo di determinare: mi basta chiarire come pel diritto comune questa direzione effettiva, nei limiti che abbiamo visto, sia perfettamente conciliabile con l'accentramento nell'imprenditore di un'autonoma organizzazione ⁴⁾ per ciò che concerne l'esecuzione dei lavori in quella misura, in quella forma, in quel modo che il direttore avrà deliberato; con l'effetto s'intende che l'imprenditore non risponda di ciò che è una conseguenza del diretto intervento del direttore. In questo dunque scorgiamo una limitazione della autonomia secondo un contenuto assoluto e astratto: ma una limitazione resa necessaria e opportuna dall'entità dei lavori e dalla necessità per taluni di essi (lavori pubblici) che abbiano ad essere eseguiti bene e in tempo utile: un privato potrà, a lavoro fatto, rifiutarlo, e rinnovare il contratto con altri. Ma lo Stato non può permettersi questo lusso, come non se lo può permettere neppure il privato per lavori di importanza e urgenti.

Questa direzione, dunque, è una cautela nell'interesse di tutte e due le parti, una cautela che non pregiudica l'accollo del rischio all'imprenditore quanto all'esecuzione dei lavori. E infatti l'art. 53 del citato regolamento ci avverte che la collaudazione dell'opera commessa dallo Stato ha per iscopo di verificare, tra l'altro, anche se l'opera fu eseguita in perfetta regola d'arte e secondo le prescrizioni tecniche

⁴⁾ A torto quindi il RUMELIN, op. cit., p. 36 (e con lui il LOTMAR, op. cit., p. 857), deduce dalla possibilità di « indicazioni » rivolte dal committente al locatore dell'opera la insostenibilità della dipendenza o no come criterio differenziale tra i due contratti.

prestabilite « e se fu eseguita in conformità del contratto e delle varianti debitamente approvate ». Inoltre si deve constatare se l'opera ha dimensioni, forma e quantità rispondenti alle prescrizioni contrattuali, e se buona e conforme a contratto è pure la qualità dei materiali. Di tutto ciò è l'imprenditore che risponde. Infatti è certo che lo scopo di questo esame è di rilevare le eventuali responsabilità dell'appaltatore, visto che il collaudo va fatto appunto in contraddittorio con quest'ultimo. E allora bisogna concludere che l'ingerenza e la direzione spettanti all'Ufficio del genio civile non escludono la responsabilità dell'appaltatore.

Da quanto precede si ricava che la disciplina degli appalti di lavori pubblici, sotto questo aspetto, non costituisce affatto una disciplina eccezionale propria del diritto pubblico, ma non è che il regolamento specifico di principi sostanzialmente comuni anche al diritto privato. Di diverso c'è che la legge ha creduto di meglio determinare le funzioni dell'ingegnere direttore, autorizzandolo a emanare ordini: pel diritto privato questo non potrà intendersi se non lo dica il contratto, sia pure al lume degli usi locali: nel dubbio la autonomia dell'imprenditore va rispettata. E si noti che l'ingerenza del direttore non ha per effetto di subordinargli passivamente l'assuntore: poichè l'obbligo suo di adempiere l'opera secondo le regole d'arte deve indurlo a ribellarsi contro un ordine ricevuto dal direttore dei lavori, e che gli appaia contrario alle regole dell'arte ¹⁾. Quando queste proteste trascuri, proteste che possono essere utili in quanto possono portare il committente a riflettere e ponderare l'ordine dato, ha mancato al suo dovere di cooperazione volgente al fine che l'opera riesca solida e accettabile. Vuol dire che se il direttore insiste, l'imprenditore ha fatto quanto è necessario per salvare la sua responsabilità, quando avrà avvertito del dissenso il committente. Questi principi, se non erro, risultano attraverso alle norme speciali degli appalti di lavori pubblici: abbiamo qui una applicazione ²⁾ della possibilità di utilizzare pel diritto privato norme del diritto pubblico.

Rimane assodato intanto che nella struttura che il diritto comune ci offre della locazione d'opera vi deve essere un'attività indipendente dell'artefice, sia pure una diminuita autonomia; è solo entro questo limite che le parti possono pattuire che la direzione del lavoro spetterà al committente ³⁾. Ma se si vuole conservare al rapporto creato dalle

¹⁾ GIORGI, op. e l. cit., n. 53.

²⁾ Cfr. sopra, p. 384.

³⁾ Per il regolamento del 19 dicembre 1875 (art. 19) la protesta dell'appaltatore ha solo per effetto di sottomettere la vertenza al giudizio inappellabile dell'ingegnere capo, cui l'appaltatore deve uniformarsi, salvo il diritto di iscrivere le sue riserve nel registro di contabilità. Allorquando il collaudatore avrà a giu-

parti la figura di *locatio operis*, occorre pure che la ingerenza del committente o della persona incaricata da quest'ultimo non sia assoluta, ma limitata. In caso diverso il contratto, come oggettivamente si è formato, è più una locazione di opere, che di opera; allora la organizzazione del lavoro viene ad essere accentrata in realtà nel creditore del lavoro, e il debitore dell'opera viene ad essere un mero strumento che il committente maneggia come vuole, ed a cui non si può accollare ad es. la garanzia della *bonitas operis*, e che conseguentemente non si assume (se fu determinata una mercede anticipatamente in un dato ammontare) nessun rischio per ciò che concerne il costo dell'elaborazione dell'opera. Per assumere tale rischio è requisito indispensabile la libera e indipendente attività: mancando la quale il debitore avrà diritto ad un rimborso di quelle spese in più (oltre la mercede avuta o da avere) che egli abbia dovuto fare in seguito alle prescrizioni del committente. In tal caso la determinazione di un limite nell'ammontare della mercede va intesa senza pregiudizio delle spese maggiori che il debitore del lavoro abbia a sopportare.

Per ciò appunto in pratica un caso di questo genere non accade; l'ingerenza del committente mercè l'architetto o altre persone da esso delegate ha limiti che non si possono varcare.

226. Il risultato delle nostre indagini è dunque che il criterio distintivo qui accolto ha una certa indeterminatezza di contorni, malgrado la sua precisione astratta, rispondente a due differenti situazioni economiche, che ne rendono non sempre agevole l'applicazione. Naturalmente ciò non è una ragione per escluderlo: perchè, come si è visto, esso è pur sempre fondamentale quanto all'applicazione delle leggi sociali protettive del lavoro. Su ciò non vi ha dubbio.

Ma è forse per l'intuizione più o meno vaga di questa difficoltà, tuttavia sempre superabile, che questo criterio differenziale si è fatto strada a stento, nella dottrina: che (in ispecie la dottrina francese) predilige un criterio più esternamente sensibile e quindi meccanicamente applicabile. Infatti come s'è visto la dottrina, o almeno una parte di essa, non ha analizzato il rapporto intimo tra la prestazione di lavoro e i contraenti, come ora s'è fatto, ma si è fermata al fatto che il lavoro sia considerato in sè, a prescindere da un risultato, oppure solo in riguardo a un solo risultato.

In realtà se si accolgono i criteri suesposti una gran parte delle difficoltà mi sembra rimossa: non si potrà più col Rümelin ¹⁾ opporre

dicare sulle *bonitas operis* egli dovrà tener conto di tutte queste constatazioni ed emettere su di esse il suo avviso nella relazione di collaudo e ciò allo scopo che chiara risulti la motivazione del suo giudizio sulle responsabilità eventuali dell'appaltatore.

¹⁾ Op. cit., p. 36.

al nostro criterio l'indeterminatezza del concetto di dipendenza o indipendenza. Più che indeterminatezza si deve riconoscere una certa elasticità di contenuto, che pur salvaguarda la sussistenza in ogni caso di uno dei due poli ¹⁾).

Vogliamo concludere dunque che i singoli e isolati criteri esteriori, a cui troppa prevalenza si suol dare nella dottrina, non sono sempre decisivi per distinguere l'una dall'altra forma di locazione. Il meglio è di scrutare l'intima natura del rapporto locativo quale ci si rivela attraverso il complesso di indici esteriori che abbiamo passato in rassegna, andando fin in fondo a cercare nella fattispecie quegli elementi economici da cui si desuma l'indole vera del contratto: questo è il sistema più opportuno e sicuro. Anche il soffermarsi alla intenzione delle parti nel senso talora adottato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non è il metodo perfetto ove per « volontà delle parti » si intenda l'opinione che esse abbiano avuta sulla natura del rapporto che hanno stipulato ²⁾. Qui, poi, questo criterio soggettivo è addirittura assurdo: perchè bisogna pure che l'intenzione delle parti si sia fermata su un dato criterio differenziale diverso dalla pura intenzione, per sapere se si tratta di locazione di opere o di opera! Di intenzione, quindi, si può al più discorrere come di uno tra i possibili indici della sussistenza del criterio differenziale, necessariamente oggettivo.

D'altra parte non tutti i criteri oggettivi sono accettabili. Così ad esempio abbiain visto che il criterio distintivo tra le due grandi categorie di contratto di lavoro in questione non ci può venire puramente dalla natura in sè stessa considerata (e non in relazione a chi la fa e a chi la riceve) della prestazione di lavoro.

E neppure può essere buon criterio distintivo, dato il laconismo delle nostre leggi in materia di locazione d'opere, l'altro criterio meramente esteriore, e facilmente applicabile: per cui sia locazione di opere quella che meglio si adatta alle regole concernenti questo tipo di contratto di lavoro: ciò che presuppone, tra l'altro, un'inesistibilità delle regole dall'un tipo all'altro, che non è assolutamente vera ³⁾. Non ho che richiamarmi alle limitazioni sia della subordinazione come dell'autonomia, per chiarire come sussista una zona di confine, in cui le applicazioni dell'uno o dell'altro tipo si accostano, pur appartenendo

¹⁾ Perciò appunto non si capisce come il RÜMELIN esiga per l'ammissibilità del nostro criterio una dipendenza o un'autonomia completa, assoluta.

²⁾ Per l'elemento intenzionale è per es. il PACIFICI-MAZZONI, *Locaz.*, n. 278, pag. 392. Ma egli allude all'intenzione quale si deduce dagli elementi oggettivi del contratto, all'intenzione *reale*, non all'opinione che di questa le parti ponno avere avuto. Ed allora non c'è più nulla a dire.

³⁾ Cfr. RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, p. 3.

all'una o all'altra zona nella loro fisionomia prevalente; non ho che ricordare come l'uno e l'altro contratto non siano che sottospecie del medesimo fenomeno (lavoro contro mercede), per ammettere che vi sia una quantità di norme comuni ¹).

227. È tanto possibile per certe regole l'estensione analogica che fu asserita la possibilità di situazioni in cui si presentano insieme aggrovigliate e anzi compenstrate in una sola le due figure di lavoro autonomo e lavoro subordinato. Ora: io non dico che ciò sia vero e possibile; cito questo solo per dimostrare come bene spesso dall'una all'altra forma sia brevissimo il passo.

Che un'amalgama delle due situazioni per il medesimo affare e tra le medesime persone non sia possibile deriva già astrattamente dalla natura del nostro criterio differenziale: subordinazione o autonomia ²). Io posso anche capire che qualche criterio esteriore si presenti con una certa alternatività nella medesima situazione giuridica, ad es. rispetto al criterio del risultato o della pura attività di lavoro. Infatti abbiám visto che il rischio può essere attenuato, quando sia consentito, in caso di non raggiungimento o raggiungimento difettoso del risultato, il pagamento di un compenso proporzionale all'attività spesa, e inferiore alla mercede promessa pel risultato intero. In un caso di questo genere vi è una alternatività nell'obbligazione di pagare la mercede cui corrisponde una alternatività nella situazione giuridica: o risultato o attività puramente ³). È il caso del trasporto: se è impedito durante l'esecuzione il vettore ha diritto al pagamento del porto in proporzione del cammino percorso (art. 395 cod. comm.).

Qui dunque una combinazione è possibile: ma si noti che si tratta di un criterio differenziale inteso in un senso meramente esteriore, e quindi non sostanziale. Che se si intende alludere all'autonomia o alla subordinazione, si tratta allora di un regime che si instaura sin da principio in un senso o nell'altro decisamente. Invece il raggiungimento o no del risultato può restar pendente e incerto sino alla fine, creando la sopra ricordata ambiguità di una situazione alternativa. In realtà questo prova l'inanità di quel criterio estrinseco e superficiale

¹) L'art. 364 cod. fed. obbl. enuncia addirittura il principio, alquanto enfatico, per cui « l'appaltatore è soggetto in genere alle norme di responsabilità del lavoratore nel contratto di lavoro ». Il che, veramente, è addirittura incomprensibile!

²) A tutta prima sembra contraddire a ciò il § 631 cod. civ. germ., capov. Ma il « risultato conseguibile con lavoro o prestazione di servizi » non è se non il risultato immateriale; è il servizio nel senso di lavoro (autonomo: ma può essere anche subordinato, se è locazione d'opere) mirante a un risultato immateriale. Cfr. LOTMAR, cit., I, p. 271.

³) Di questa situazione abbiám sopra (p. 658, nota 1) visto un esempio nel caso della guida alpina. Così pure se la riparazione alla macchina non è riuscita potrà esser dovuto un compenso proporzionale alla fatica spesa.

che isola la indagine puramente alla promessa del risultato o della attività, senza penetrare ulteriormente ¹⁾. Se lo si facesse si vedrebbe che nel caso ad es. dell'art. 395 la prestazione è della stessa natura sempre (cioè autonoma), e solo varia il concetto del risultato conseguente ²⁾.

La stessa cosa è da dire per asserzioni simili, che presupponevano la confusione tra la nostra classificazione (locazione di opere e di opera) con quella tra lavoro a cottimo e a tempo ³⁾.

Invece è possibile che nella medesima persona verso persone diverse, o tra le medesime parti si attuino i due rapporti, più o meno collegati l'uno coll'altro da nesso anche di interdipendenza.

228. Che la organizzazione tecnica del lavoro spetti al creditore del lavoro, non al lavoratore, presuppone un contatto personale tra le parti più o meno duraturo; non necessariamente di notevole durata, e tale da assorbire esclusivamente le energie del lavoratore. Certo è, però, che nella grande maggioranza dei casi questo carattere duraturo e assorbente si verifica per la locazione d'opere più assai che per la locazione d'opera. Il che si intende già *a priori* quando si pensi che colla locazione d'opere il lavoratore mette le energie proprie a disposizione dell'altra parte per quegli scopi cui questa intende pervenire: ciò che può richiedere un impegno del lavoratore per un periodo di tempo anche lungo o indeterminato se l'attuazione di quegli scopi è continua e duratura. Invece la promessa di un risultato di lavoro autonomo limita il vincolo del lavoratore al tempo necessario per porre in essere questo determinato risultato, quindi per lo più per un tempo determinato, come determinato è il risultato ⁴⁾.

Ma questa, che non è che semplice tendenza, fu eretta a elemento caratteristico perchè si ebbe di mira, quanto alla locazione di opere,

¹⁾ Così ad es. HELLOWIG, *Vertrage auf Leistung an Dritte*, cit., p. 517, nota 42.

²⁾ Cfr. sopra, p. 605, nota 2. Favorevoli a una combinazione di figure, per la stessa ragione, sono CROME, *Partiar. Rechtsgesch.*, cit., p. 253, e *System*, cit., II, 1, § 264, num. 4; ENDEMANN, *Lehrbuch*, § 175. Con noi invece RIEZLER, op. e l. cit., che ricorda l'inutilità di questa combinazione, per ciò che mancando certamente la locazione d'opera « si soddisfano i bisogni pratici e l'equità sempre colle regole della locazione d'opere ». Conforme pure LOTMAR, cit., I, p. 271. Però non capisco come mai sia possibile (come asserisce questo scrittore) che il debitore autonomo di un *opus* l'abbia a conseguire per mezzo di servizi che presta al medesimo committente come lavoratore subordinato. Ciò presuppone sempre che i due rapporti siano indipendenti, l'uno fornisca i mezzi per l'attuazione dell'altro.

³⁾ Es. PIC, *Traité*, cit., p. 681.

⁴⁾ Perciò è stato ritenuto che la locazione di opere esiga una determinazione limitatrice di tempo, a differenza della locazione d'opera (JACOBI, in *Arch. für d. bürgerl. Recht*, IV, 141 seg.). E così il CROME (*Partiar. Rechtsgesch.*, p. 348): la locazione d'opera è per sua natura transeunte, e non può essere a tempo illimitato. Cfr. pure KRAINZ, *System d. allg. Privatrechts* (1907), II, p. 255.

la prestazione di lavoro che si sintetizza come « servizio ». In questo senso è da rilevare anzitutto l'espressione « locazione di servizi », e in genere la parola « servizio », nelle leggi come nell'uso comune riferita alla locazione d'opere di carattere duraturo ¹⁾.

È a notare anzitutto che questa parola « servizio » è consacrata dall'art. 1627, num. 1 cod. civ. Con essa si intende una prestazione d'attività presa in considerazione non in vista di un determinato risultato, e distendentesi nel tempo, quindi per una durata più o meno lunga. È certo che qui ha influito il significato etimologico: salvo la volontarietà del rapporto, così come un tempo il servo ²⁾ oggi presta « servizio » chi pone l'attività sua a disposizione di altri (entro i limiti di competenza e di capacità segnati contrattualmente) perchè altri la diriga e guidi e utilizzi per i suoi scopi, e per quei risultati che a proprio rischio cerca di perseguire. Questo concetto porta per conseguenza che questa prestazione, se non delimitata da un risultato fisso, si distende nel tempo.

Come si vede da questo concetto risulterebbe che si tratti di locazione d'opere, creando un contatto duraturo tra le parti: e che questo sia stato il punto di partenza da cui anche la nostra legge ha preso le mosse è provato dal bisogno che sentì sulla scorta del Cod. Nap., di codificare un art. 1628: l'unico che concerni la locazione d'opere. Infatti l'aver messo la propria attività in genere (senza meta determinata) a disposizione altrui, perchè altri se ne servisse a suo beneplacito, e il carattere duraturo di questo contatto potevano fare sospettare che ingenerassero un asservimento eccessivo della persona;

¹⁾ « Servizio » abbiamo usato nel senso di lavoro mirante a risultato immateriale. Le due parole significano due cose completamente diverse. Infatti il servizio può essere oggetto di locazione d'opera, ciò essere lavoro autonomo. È a questo caso che allude ad es. l'espressione « Dienste » nel § 631 cod. civ. germ., che sarebbe un indovinello, se con quella parola si alludesse al servizio come sinonimo di lavoro subordinato duraturo. Naturalmente le due espressioni possono coincidere per la medesima persona e il medesimo rapporto se il servizio sia lavoro subordinato. Così si discorre dei servizi compiuti dal medico che presta servizio alla dipendenza del Comune. Cfr. il § 196, n. 14, cod. civ. germ., e LOTMAR, cit., I, pag. 271; II, p. 882. Cfr. ABELLO, *Locaz.*, III, pag. 27: « servizio » oggi non presuppone la subordinazione. Ed è vero, ma a torto l'ABELLO se ne prevale contro il concetto differenziale nostro.

²⁾ Anche più ligia all'origine etimologica è l'accezione « del servizio » nel senso di lavoro manuale, che è contrastata dall'ampio uso che di quel vocabolo si fa anche per il lavoro degli impiegati, funzionari, ecc. Così ad es. App. Brescia, 27 agosto 1913, *Riv. crit.*, 1913, 305. Lo CHATELAIN, *De la nature du contrat*, ecc., pag. 12, limita l'espressione « servizio » al contratto di lavoro domestico (sul quale app. n. 254). E il D'EICHTHAL, in *Revue polit. et parlam.*, 1908 (LVI), p. 526, l'esclude recisamente, sul fondamento che oggi vi è non subordinazione, ma coordinazione tra industriale e lavoratore. Vi è in realtà una coordinazione che non esclude, ma presuppone necessariamente una subordinazione; cfr. sopra, p. 632.

che vi fosse cioè un'eco troppo chiara dell'antica origine servile del rapporto. Una legislazione uscita dalla rivoluzione francese non poteva perciò non correre ai ripari, imponendo la determinazione di un termine di tempo, o almeno di una meta determinata, che circoscrivesse non solo il tempo, ma anche la natura del lavoro, sottraendo l'indeterminatezza del lavoro servile (che oggi ancora sussiste nel contratto di lavoro domestico, e in altri simili) ¹⁾.

E in realtà della parola « servizio » fanno largo uso le leggi nostre a proposito del rapporto di « impiego » (ma anche quanto al lavoro industriale prevalentemente materiale), in cui pure troviamo il carattere duraturo di un contratto tra chi mette il proprio lavoro a disposizione di altri, per lo più (ma non necessariamente) colla facoltà nel creditore del lavoro di rivolgere questa attività a parecchi scopi, entro i limiti contrattualmente fissati. E ciò sia per lavoro materiale (es. art. 544 cod. comm.), come per lavoro intellettuale, come ad es. art. 4 della legge sullo stato giuridico degli ufficiali 18 luglio 1912, n. 806; art. 98 del regolamento per il personale del regio Corpo del Genio civile 25 febbraio 1905, num. 71, art. 6; testo unico sullo stato degli impiegati civili 22 novembre 1908, n. 693, ecc. ²⁾. E, si noti, a nessuno è passato mai per la mente che si tratti di una terminologia degradante, incompatibile colla dignità del lavoratore ³⁾.

Dicevo che abbiamo, in questo senso, una locazione d'opere; ma se si concepisce il « lavoro in servizio altrui » come « lavoro per utilità altrui » evidentemente si entra in un altro ordine di idee, che può abbracciare anche il lavoro autonomo per altri. Il servizio qui si riferirebbe all'utilità per altri, non al lavoro in sè. Ma anche in quest'ultimo senso si è creduto di estendere il servizio alla attività autonoma, semprechè, però, sussista il carattere duraturo del rapporto,

¹⁾ Perciò vedremo quanta importanza da alcuni si dia (cfr. n. 233) alla determinazione dettagliata della prestazione di lavoro nella qualità, nei limiti, ecc., per una maggior affermazione di autonomia del lavoratore. E in ciò vi è del vero: è sempre la tendenza a disciplinare e limitare il rapporto di subordinazione, marginandolo.

²⁾ Di « servizio » s' discorre nel progetto di legge sul contratto di lavoro di impiegati di aziende private presentato il 12 dic. 1902 (art. 2).

³⁾ Che la locazione di servizi sia locazione d'opere, cioè una forma di contratto di lavoro non vi ha dubbio, o meglio non vi dovrebbe essere dubbio. Senonchè il DERNBURG, *Bürg. Recht*, II, § 306, e il LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, I, p. 266, nota 1, oppongono quella locazione al contratto di lavoro: quella locazione creerebbe un rapporto personale tra le parti; il secondo invece solo l'obbligazione di effettuare il lavoro contrattualmente designato. Probabilmente si allude ai caratteri tipici di quella locazione, indicati nel testo, tra cui in specie la creazione di un contatto personale continuo che manca nella locazione d'opera. Per me la concezione del contratto di lavoro è così lata da involvere necessariamente anche questo caso.

che, come vedremo, è compatibile colla locazione d'opera ¹⁾. In tal caso non escludo che la parola servizio sia usata per indicare dunque puramente la destinazione duratura per una persona di una data attività, non importa se subordinata o autonoma.

La parola servizio però allude, nell'uso comune, all'esercizio attivo dell'attività, in ispecie subordinata; al qual proposito ci siamo sopra imbattuti incidentalmente nella questione se la continuità del servizio per un certo numero di anni sani i vizi di forma dell'atto di nomina (impiegato governativo, ecc.) ²⁾.

Intesa dunque la « prestazione delle opere » limitatamente al concetto di « servizio », si può anche capire che si sia fatto del carattere duraturo un criterio addirittura differenziale tra le due forme di contratto di lavoro. Ma anzitutto non è escluso che questa espressione « prestazione di servizi » alluda anche a un rapporto di breve durata ³⁾; noi abbiamo solo ricordato come nell'uso comune quella parola si riferisca prevalentemente a un rapporto duraturo. E nello stesso tempo debbo ricordare, come già ho notato, che anche una locazione d'opera può essere duratura e continuativa, quando lo scopo da raggiungere sia assorbente (cioè tale da vincolare durevolmente il lavoratore autonomo a un solo committente), e si abbia perciò una somministrazione di servizi ripetentisi, o di lavoro autonomo continuativo ⁴⁾. Un caso di questo genere si attua ad es. quando sussista tra il lavoratore autonomo e il committente un nesso durevole di dipendenza economica ⁵⁾; così quando un dato lavoro ordinariamente prestato in regime di subordinazione nello stabilimento industriale sia stato reso autonomo, e staccato dalla dipendenza giuridica del capo dello stabilimento, a cui non interessi più se non la promessa del risultato di lavoro ⁶⁾. Anche qui si attua un rapporto continuativo, e normal-

¹⁾ In questo senso l'intende ad es. lo STADTHAGEN, *Arbeiterrecht*, pag. 84, che comprende nei « servizi » anche l'esercizio di un risultato (*opus*), a ciò indotto dalla considerazione che pel § 611 cod. civ. ted. l'oggetto del « contratto di servizi » può essere lavoro di qualunque genere. Ma questo punto di partenza è erroneo; per me il *Dienstvertrag*, del cod. ted., coincide colla nostra locazione d'opere ed esclude l'autonomia, senza della quale non si capirebbe il *Werkvertrag*.

²⁾ Cfr. sopra, p. 476. nota 2. Cfr. il concetto del REDENTI (« rapporto di servizio »), citato appresso, pagina 685, nota 1; e PORRO, *L'azienda mercantile* (in *Filang.* ..., 1899).

³⁾ Cfr. ad es. gli avventizi assunti « in servizio » anche per frazioni di giornata; art. 102, reg. infort. lav.

⁴⁾ Cfr. pure ABELLO, *Locat.*, III, p. 25; LOTMAR, cit., II, p. 895. Naturalmente, a differenza del LOTMAR, non concludo certo con l'escindere un criterio differenziale, desumibile dallo stesso Codice, tra cottimo nella locazione d'opere, e cottimo nella locazione d'opera!

⁵⁾ Cfr. sopra, p. 648.

⁶⁾ Questo è avvenuto ad es. per certi lavori negli stabilimenti dell' *Union des*

mente assorbente. Si avverta ad ogni modo che questo carattere ultimo è ancor più raro del primo: imprese di somministrazioni durature ve n'ha spesso; ma imprese assorbenti tutta l'attività del lavoratore, oltre che di carattere duraturo sono in assai minor numero, contrastando questo carattere bene spesso (se giuridicamente assicurato) coll'autonomia del lavoro.

In questi casi dunque non vi è differenza, quanto al carattere assorbente e all'elemento esteriore della durata, tra le due forme fondamentali del contratto di lavoro: in tutte e due vi ha un rapporto duraturo tra le medesime persone, e, per di più, un rapporto che assorbe l'intera attività del lavoratore. Tuttavia è certo che questa non è la regola, per il lavoro autonomo. Per lo più qui, ripeto, vi ha la promessa di un risultato che non richiede un impiego duraturo e assorbente di energie di lavoro. Il lavoratore autonomo è a disposizione di più committenti contemporaneamente, cioè del pubblico; il carattere autonomo dell'elaborazione gli permette di attendere contemporaneamente a più richieste di lavoro, soddisfacendole tutte insieme, o a breve tempo l'una dall'altra. È tanto vero questo che si è ritenuto potesse costituire (come sopra s'è visto) ¹⁾ una caratteristica per distinguere la locazione d'opera dalla locazione d'opere: se il lavoratore si adopera per più persone, cioè è a disposizione del pubblico, sarebbe lavoratore autonomo ²⁾. È un criterio pratico che il più delle volte coincide col vero (è sempre vero ad es. per l'artigianato ³⁾ e per la grande industria; non lo è, il più delle volte, per il lavoro a domicilio ⁴⁾: il lavoratore che è signore dell'organizzazione del proprio lavoro e li-

gazi a Milano, e sarebbe una attuazione dell'idea tanto vagheggiata da YVES GUYOT della commercializzazione del lavoro. Certo, il capo dell'officina con ciò non ha più le noie della subordinazione. Cfr. avanti, n. 233.

¹⁾ Cfr. sopra, n. 223.

²⁾ ROSIN, op. cit., I, p. 88. Questo è un concetto latente più o meno anche nella giurisprudenza nostra. La Corte di Genova, 8 aprile 1899, *Dir. comm.*, 1899, 615, ritiene la dipendenza esclusa se vi è prestazione di lavoro per più persone. Il che è esatto anche perchè non potrebbe il lavoratore subordinare la medesima attività ai criteri direttivi eventualmente vari di più persone. Esplicita e addirittura la Cass. Firenze, 27 giugno 1910, *Foro it.*, 1910, I, 1131: « addetto » (cioè colla subordinazione della locazione d'opere) è il lavoro alla diretta e immediata dipendenza di un'impresa, prestando servizio duraturo ed esclusivo. Piccolo imprenditore è perciò il carrettiere che non serve stabilmente una ditta, ma è a disposizione del pubblico, prestando l'opera propria per proprio conto. Questa decisione è esatissima (cfr. pure Cass. Roma, 28 settembre 1911, *Foro it.*, 1911, I, 1307): ma non è esatto fare della continuità il requisito essenziale della locazione d'opere; lo è solo della locazione d'opere... continuativa! È però, ripeto, un indice molto sensibile della locazione d'opere.

³⁾ Il MARCONCINI, op. cit., chiama « lavoro dato in affitto » quello dell'artigiano che si reca di casa in casa (es. arrotino); p. 14.

⁴⁾ Cfr. MARCONCINI, op. cit.

bero di utilizzarlo per più persone, mentre il contatto reso necessario dalla subordinazione sopprime normalmente questa libertà. Il più delle volte, ripetiamo, ma non sempre: perchè non è impossibile che un lavoratore subordinato divida il lavoro suo quotidiano tra più creditori del lavoro, per lo più determinato: l'art. 102 regol. infortuni sul lavoro prevede anzi questo caso di operai avventizi assunti in servizio « per frazioni di giornata ».

È una differenza, ad ogni modo, che ha la sua importanza. Ha la sua importanza economicamente, come aveva già rilevato lo Schmoller¹⁾, che distingue sotto questo aspetto recisamente i due casi: osservo che questa importanza coincide con quella in genere tra lavoro subordinato e autonomo di cui quella differenza è l'esponente: un contratto che lega l'esistenza di un lavoratore, e della sua famiglia, a una sola persona, è ben diversa cosa da quello che lo mette in contatto col pubblico, cioè è diverso in ragione della subordinazione o dell'autonomia²⁾.

E anche l'importanza giuridica, non foss'altro per riflesso, non manca. Quando infatti vi è subordinazione, il lavoratore mette il lavoro proprio a disposizione dell'altra parte, ciò vuol dire che normalmente dedica sè stesso all'azienda dell'altro contraente. È naturale che con ciò sia incompatibile un dispendio di energie a favore di altri, contemporaneamente; molti contratti ne fanno espresso divieto: specie i contratti di impiego, i contratti di lavoro artistico con cantanti a servizio di un'impresa e altri, che presuppongono non già un lavoro fisicamente esauriente com'è quello del lavoro industriale prevalentemente materiale, e che quindi lasciano di fatto aperto l'adito a possibilità di violazioni di quel divieto. Ma questo divieto io ritengo implicito ogni qualvolta si ritenga minacciato il rendimento del lavoro: è argomento su cui torneremo altrove. Come si vede è questa un'altra forma di intervento del rapporto di subordinazione anche nelle ore di riposo³⁾; questo è anzi il caso più interessante: perchè il divieto di quello spreco di forze nelle ore dedicate al riposo è tanto più evidente. Qui ricordo ancora come questo divieto assuma una speciale energia quando, oltre a questa, concorra un altro motivo: la necessità di impedire una concorrenza sleale. È questo l'argomento delle cosiddette clausole di concorrenza, di cui a suo luogo.

Tutto ciò di regola non si verifica per il lavoro autonomo. Di regola, ma anche qui non mancano eccezioni. Perchè non è escluso che

¹⁾ Nella cit. *Zeitschrift für d. ges. Staatswiss.* (1874), p. 450.

²⁾ Ha torto però lo SCHMOLLER quando (p. 455), scrive che ogni contratto di prestazione duratura presuppone una subordinazione tecnica. Questo non è vero perchè quel carattere assorbente duratura può esser vero anche per la locazione d'opera.

³⁾ Cfr. sopra, n. 214, e Cass. Roma, 28 settembre 1911, *Foro*, 1911, I, 1308.

un lavoratore autonomo stipuli di dedicare le sue forze esclusivamente nell'interesse di una data azienda. Certo il controllo sull'osservanza di questo patto qui è anche più difficile, cosicchè in pratica dove esiste quella clausola resta pressochè lettera morta ¹⁾.

È appunto in base all'importanza, ora accennata, di questa distinzione che è stato accolto nel progetto francese di legge sul contratto di lavoro del 2 luglio 1906 un art. 1 così concepito: « Le contrat de travail est le contrat par lequel une personne s'engage à travailler pour un autre qui s'oblige à lui payer un salaire calculé soit à raison de la durée du travail, soit à proportion de la qualité ou de la quantité de l'ouvrage accompli, soit d'après toute autre base arrêtée entre l'employeur et l'employé. Ne sont pas soumis aux dispositions du présent titre les contrats passés par les personnes qui offrent leur travail, non à un ou plusieurs employeurs déterminés, mais au public » ²⁾. È da notarsi che secondo alcuni con questa distinzione si era inteso, sostanzialmente, riprodurre la vecchia classificazione tra locazione d'opere e locazione d'opera ³⁾. Si asseriva che di questa la dottrina non aveva ancor trovato un criterio giustificatore di facile attuazione, e abbastanza moderno per essere preso in considerazione ⁴⁾. Ma secondo altri, e credo che questi siano nel vero, quella distinzione avrebbe dovuto eliminare la vecchia classificazione sostituendosi: la vecchia non teneva conto di certe identità di situazione economica, molto rilevante, tra casi che invece la vecchia classificazione assegnava parte alla locazione d'opera, parte alla locazione d'opere, attuandosi così un'ingiustificata disparità di trattamento. Infatti, pensa il Perreau ⁵⁾, l'operaio cottimista e il lavoratore a domicilio sono trattati come imprenditori, coll'effetto che su essi ricade ad es. il rischio del

¹⁾ Questa clausola è di stile laddove vi sia il nesso di interdipendenza economica tra un lavoratore autonomo e una maggiore azienda. Es. quanto all'industria domestica dei mobili in legno, fiorente nell'alta Brianza. Le maggiori ditte danno lavoro anche a lavoratori a domicilio, impegnandoli a non prestarsi se non per la ditta incaricante.

²⁾ Questa definizione fu copiata letteralmente dal progetto di legge sul contratto di lavoro elaborato dalla *Société des études législatives* e discusso in seno a quella Società negli anni 1906 e 1907 (cfr. il *Bulletin* della Società per quegli anni). A questa distinzione hanno aderito il BOISSARD, *Le contrat de travail*, ecc. cit., p. 127; PIC, *Traité*, p. 677, che però preferisce la vecchia distinzione.

³⁾ È una sostituzione spesso avvenuta. Così il RÜMELIN, cit., p. 153-154, ritiene che vi sia locazione d'opera se un cantante o un attore si impegnano per una sola recita; non se per un mese, per un anno, ecc. Invece non è che una differenza esteriore spesso, ma non sempre coincidente coll'altra più fondamentale distinzione.

⁴⁾ Di questo avviso era ad es. il CAUWES, nel *Bulletin*, cit., 1906, p. 95: il legame permanente con un dato imprenditore è sintomo infallibile della subordinazione propria di quella che noi chiamiamo locazione d'opere.

⁵⁾ Nel *Bulletin*, cit., p. 77 sg.

lavoro, e che quindi il secondo è sottratto alla tutela della legislazione sociale; mentre in realtà sono lavoratori economicamente dipendenti dalla medesima persona che assorbe il loro lavoro. Perciò si propose che il « contratto di lavoro » fosse contrassegnato dalla dipendenza duratura dalla medesima persona, sia pel lavoro a tempo come per quello a cottimo ¹⁾: per tal modo dove vi è identità di situazione economica è assicurata l'identità di trattamento giuridico.

Ora, la critica si può fare con quanto precede. Aggiungo qui che il cottimista non è necessariamente lavoratore autonomo; quindi, se subordinato, la sua collocazione nella locazione d'opere si ha già col criterio nostro. Pel resto non ho che rammentare come anzitutto la difficoltà di distinguere la locazione di opere da quella di opera, dopo quanto abbiamo riferito, non è poi così grande da giustificare il rigetto della vecchia classificazione ²⁾. Inoltre è assurdo rigettare una distinzione che si fonda sull'autonomia o no del lavoro: un fenomeno economicamente e socialmente così importante che quella distinzione

¹⁾ Oltre che un vincolo alla prestazione del lavoro fu asserito che qui intercede anche un rapporto speciale che colloca il lavoratore al servizio duraturo dell'altra parte, come se fosse possibile operare questo stacco violento del medesimo rapporto in due distinti! Probabilmente è a questo rapporto che allude anche il DUTHOIT, *Vers l'organisat. profess.*, p. 127, quando vede nella prestazione di servizi a un privato, anziché al pubblico, un legame personale di associazione. Il DUTHOIT è però anche più esplicito in questo senso laddove rigetta il vecchio « contratto di lavoro » per preferire il « contratto di salariato », esponendo in proposito una teoria sua che sottolinea recisamente quella scissione curiosa di rapporti. Infatti secondo il DUTHOIT il « contratto di lavoro » è un'espressione poco chiara ed equivoca, perchè il lavoro può essere dato in due situazioni che nulla hanno di comune, e per cui è un non senso quell'unica denominazione. Una persona può infatti promettere il proprio lavoro in vista di un oggetto particolare che lascia completamente estranea al contratto la personalità stessa del debitore del lavoro. Invece il contratto di salariato crea un legame durevole e continuo tra le parti; esso sarebbe la prefazione necessaria a tutti gli altri contratti di lavoro più particolari, e cioè « una convenzione che ha per fine di mettere l'attività di un individuo o di un gruppo mediante equa retribuzione a disposizione di un imprenditore per l'attuazione del lavoro che questo si propone ». Insomma: un tipo di contratto, che esisterebbe nello sfondo come elemento comune ad altre più particolari pattuizioni concernenti diverse modalità di mercede, di lavoro, di qualifica del debitore del lavoro (operaio, impiegato); in quel contratto il DUTHOIT vede una specie di società di cui oggetto, per parte del lavoratore, sarebbe la concessione, senza riserve, di tutta la sua personalità. Differente, ma affine mi sembra il concetto di un « rapporto di servizio » che il REDENTI (nel suo *Massimario*, p. 71) scorge nel contratto di lavoro stabile (locazione di opere). Sarebbe un rapporto fondamentale da cui rampollano diritti e doveri per ambo le parti: un concetto unitario e complesso così come il « servizio » (cioè il lavoro, concepito non come prestazione definita, ma prestazioni varie che dal lavoratore possano essere richieste ad ogni momento). È un concetto su cui torneremo altrove, a proposito degli effetti giuridici del contratto di lavoro.

²⁾ Come invece ha fatto il SALEILLES, nel cit. *Bulletin*, p. 498.

ha sfidato i tempi, e li sfiderà per molto tempo ancora. E del resto in molti, in troppi casi l'essere il lavoratore a disposizione di uno o di più non è che una differenza insignificante che non altera l'intima struttura del rapporto ¹⁾. Si è dunque assunto a criterio distintivo un fatto che risponde in realtà a situazioni differenti: come trattare nella stessa guisa l'operaio subordinato e l'impresa il cui lavoro è assorbito esclusivamente da un'altra, che quindi non lavora per il pubblico? ²⁾. Eppure letteralmente questo dovrebbe farsi. Non credo però che a questo caso si sia pensato; in realtà si è avuto presente solo il lavoro a domicilio, autonomo, ma assorbito per lo più da un solo committente. Ed è pel bisogno di tutelarlo, che lo si è staccato dall'impresa, o dal lavoro pel pubblico ³⁾, come se non lo si potesse tutelare anche come lavoro autonomo, e col curioso risultato di applicare a casi che la vita crea come casi di lavoro autonomo, la disciplina propria del lavoro subordinato!

229. Che la direzione del lavoro sia per intero esercitata personalmente o no dal creditore del lavoro, quanto alla locazione d'opere, dal lavoratore quanto alla locazione d'opera è giuridicamente irrilevante, nel senso che non ne viene snaturato il tipo del contratto. E cioè la direzione può essere affidata anche ad altri, purchè rimanga nell'una o nell'altra delle parti a seconda della forma di contratto, almeno nelle linee generalissime una potestà direttiva ⁴⁾. E soprattutto purchè nell'una o nell'altra delle parti sia accentrata l'organizzazione del lavoro, cioè la responsabilità per i rischi inerenti; quindi anche la responsabilità per l'opera direttiva affidata a tecnici esperti ⁵⁾. Che

¹⁾ In questo senso anche il BOISSARD, *Le contrat de travail et le salariat*, p. 245, che chiama artificioso il criterio che sta a base della classificazione di cui nel testo, fonte di divergenze superficiali. Però le critiche del BOISSARD vanno oltre il segno, in quanto finisce col negar ogni differenza fra casi di cui alcuni sono di lavoro autonomo, altri di lavoro subordinato.

²⁾ Infatti si è sentito il bisogno di distinguere nel seno del « *contrat de travail* » il lavoro indeterminato, e quello specializzato (SALEILLES, cit., p. 500-501): il primo preso in considerazione in sè solo; il secondo invece nel suo risultato, con maggiori responsabilità e rischi e iniziativa nel lavoratore (p. 502). Ma allora ecco che la nostra, la vecchia distinzione, ritorna inesorabilmente a galla!

³⁾ Osservo infatti che caratteristica del « *contrat de travail* » sarebbe la maggiore responsabilità del creditore del lavoro, i rischi a suo carico, ecc. Come si vede si tratta di una riproduzione sotto questo punto di vista della locazione d'opere, in cui si sono voluti insinuare a forza casi che, col nostro e col comune criterio, vi sfuggono. È a questo intento di ribellione che si deve l'inutile distinzione combattuta nel testo.

⁴⁾ LOTMAR, op. cit., I, p. 97. Il LOTMAR però, II, p. 857, si fonda su ciò per svalutare, secondo me a torto, l'importanza del nostro indice discreetivo tra locazione d'opere e d'opera.

⁵⁾ Cosicchè può assumere un appalto di lavori pubblici anche chi non abbia alcuna capacità tecnica, purchè presenti persona esperta, e a cui si obblighi di

la direzione e ingerenza affidata necessariamente all'imprenditore sia dunque esercitata da lui personalmente o da suoi dipendenti (capi-mastri, architetti, direttori o ispettori di fabbrica, capi tecnici, ingegneri direttori dei lavori, direttore d'albergo o del teatro, capi squadra, ecc., ecc.) poco importa. Vuol dire che in tal caso egli si riserva specialmente la parte finanziaria dei lavori. Ma una sua attività, una sua ingerenza soprattutto organizzatrice, e quindi anche di controllo sia sugli operai, sia sull'azione di vigilanza del direttore ¹⁾ c'è pur sempre. Ed è qui che sta la condanna del tentativo fatto dal Dankwardt di creare un contratto speciale distinto dalla locazione d'opera, e denominato « impresa » (*entreprise*), facendo di questo un contratto in cui l'imprenditore non è che uno speculatore, non il debitore di una determinata attività ²⁾.

Quando la direzione del lavoro spetta a terzi incaricati dal creditore o dal debitore (autonomo) del lavoro, il direttore agisce nell'interesse dell'incaricante, in cui rimane accentrata l'organizzazione; tra i due credo perciò che intercorra un rapporto di locazione d'opere ³⁾. Questo incaricato può prender parte personalmente all'esecuzione del lavoro, come può limitarsi a un puro lavoro di sorveglianza: giuridicamente questa differenza non importa se non agli effetti della tutela per opera della legislazione sociale ⁴⁾. Talora la direzione può

affidare la direzione e la sorveglianze dei lavori. Cfr. Regol. generale contabilità, 4 maggio 1885, art. 77; Capitol. gener., 28 maggio, art. 2.

¹⁾ Cfr. Prob. Meccan., Milano, 9 dic. 1903, *Massime* del REDENTI, n. 645.

²⁾ Qualcosa di simile ha scritto anche il LEXIS, *Allg. Volkswirtschaftslehre* (1910), cit., p. 144; l'imprenditore qui si limita a un impiego di capitali. Ma deve anche sorvegliare il lavoro del direttore tecnico!

³⁾ In questo senso cfr. pure il RÜMELIN, op. cit., p. 155. E credo che così sia, in quanto l'organizzazione è nel proprietario: egli ne ha i rischi, sebbene eserciti la direzione a mezzo di terzi. È però caso reso dubbio dal fatto che l'architetto può avere una competenza che non ha il proprietario (cfr. sopra, n. 223): ma mi pare, ciononostante, decisiva la considerazione che l'organizzazione del lavoro mette capo all'interessato. Se vi è un imprenditore che ha assunto l'organizzazione l'architetto o ingegnere sarà dunque lavoratore autonomo di fronte all'interessato (committente)? Non lo credo: l'organizzazione del lavoro di sorveglianza, accollato all'architetto, risiede pur sempre nel committente; in un certo senso l'architetto non fa che rappresentare l'interessato. Perciò, ad es., è applicabile a quest'ultimo, rispetto a una responsabilità penale dell'architetto o altri da lui preposto, la piena responsabilità per diritto comune del committente (art. 32 testo un. infort. sul lavoro). — Nel senso di una locazione d'opere implicitamente è la giurisprudenza tutta, che accolla al capo dell'azienda, non a chi è da lui incaricato di assumere o pagare gli operai, l'obbligo dell'assicurazione. Cfr. Pretura di Peveragno, 1.º febbraio 1908, *Contr. di lavoro*, 1908, 226.

⁴⁾ Sappiamo che la legislazione sociale tutela il lavoro prevalentemente materiale (sopra, p. 49-50); infatti per l'art. 3 t. n. inf. lav. il sorvegliante o direttore dei lavori che non partecipa materialmente ai lavori, deve essere assicurato solo se

spettare ai terzi, non incaricati, a cui è destinata la prestazione di lavoratori subordinati: ad es., è il viaggiatore che dirige l'attività del personale d'albergo; l'utente di una trebbiatrice che si trova a contatto cogli operai addetti dal proprietario-imprenditore della macchina al funzionamento di quest'ultima¹⁾; ma ciò rientra nel quadro contrattuale della locazione d'opere, e non elimina affatto, nel proprietario, l'organizzazione del lavoro, e anche la direzione e la sorveglianza. Sappiamo, anzi, che questa parziale direzione affidata all'utente (terzo) non stabilisce alcun rapporto contrattuale tra questi e i lavoratori²⁾. Cosicché fu esattamente negato a carico dell'utente l'obbligo, ad es., dell'assicurazione contro gli infortuni di quegli operai³⁾.

230. Dopo tutto quanto dicemmo si può risolvere la questione: qual posto noi dobbiamo assegnare nella dogmatica del diritto positivo alla locazione d'opera in confronto colla locazione d'opere. È teoria comune quella per cui la prima sarebbe una derivazione, una sottospecie della seconda: e in prova si adduce il solito frammento di Paolo « ... locat enim artifex operam snam idest faciendi necessitatem » (fr. 22 § 2 h. t.)⁴⁾. Intanto cominciamo col dare a queste parole di Paolo il valore che hanno. Paolo fa risaltare l'elemento « lavoro » di fronte all'elemento « trasmissione della proprietà dei materiali » (l'area è fornita dal committente) per caratterizzare l'esistenza di una *locatio operis*. Dunque, caso mai, non è di una analogia colla *locatio operarum*, ma di quella colla vendita che si può far parola. E il concetto di Paolo è esattis-

la mercede non si eleva oltre le sette lire quotidiane, e le risenota a periodi non superiori a un mese. Cfr. App. Milano, 22 nov. 1912, *Riv. crit.*, 1913, 372.

¹⁾ Un caso curioso è quello dell'operaio mandato dal suo capo « in prestito » per qualche tempo presso un altro imprenditore, ai suoi ordini. Se il salario è pagato dal primo, evidentemente il secondo non è che terzo non avente coll'operaio rapporti contrattuali. Fu giudicato che l'obbligo dell'assicurazione spetta perciò al primo. *Versicherungsamt* nel Württemberg, 6 aprile 1907, *Contr. lav.*, 1910, 146. — Quanto alla trebbiatrice dipende evidentemente dall'interpretazione dell'art. 2, n. 4 (« ...prestar l'opera sua in servizio delle macchine... »). Se qui intendiamo lavoro nella vicinanza delle macchine, allora andrebbero assicurati anche i contadini sull'aia o sui campi, e dal proprietario del fondo! Il che non è ammissibile. La formula di quell'articolo implica la necessità di una connessione colla macchina, che presuppone la dipendenza da chi ne è proprietario. Cfr. VERONA-POSITANO, in *Contratto di lavoro*, 1910, 36 sg.

²⁾ Cfr. sopra, p. 61.

³⁾ Cass. pen., 27 settembre 1905, *Contr. lav.*, 1906, 116. Non è tuttavia mancato chi si fondò sulla destinazione del lavoro a utilità dei terzi per negare quest'obbligo. La decisione (es. parere Cons. di Stato, 15 giugno 1906, *Contr. lav.*, 1906, 238) era esatta. Ma non per questo, sibbene perchè si trattava di lavoratori autonomi (carovani di facchini per carico e scarico di merci). Questo punto non fu colto ed era invece l'essenziale!

⁴⁾ Così il SIMONCELLI, op. cit., pag. 6, sostiene che « la *locatio operis* è una forma della *locatio operarum* e... implica normalmente una *locatio operarum* ».

simo, come s'è già visto: il lavoro, la *faciendi necessitas*, caratterizza la locazione d'opera distinguendola dalla vendita. Dunque si fa male a citare quelle parole per derivarne la dipendenza della *locatio operis* dalla *locatio operarum*. Che in ambedue vi sia attività di lavoro, *faciendi necessitas*, è chiaro: ma è anche chiaro che la posizione di questo elemento è in ambedue differentissima. E i due rapporti hanno conseguentemente una struttura per nulla affine. Inoltre la storia è contraria a quella fusione: i due rapporti ebbero un'origine affatto distinta ¹⁾. La *locatio operarum* è sorta pel tramite della schiavitù: si tratta di energie di lavoro quasi incoscienti, ad ogni modo rozze, materiali, che altri (il *conductor*) ha il compito di dirigere a quegli scopi che egli crede. La *locatio operis* invece è sorta dagli appalti di lavori relativi a opere o edifici pubblici (*ultra tributa*) ²⁾. E l'importante è che dalla differenza di origine storica è derivata la differenza dogmatica dei due istituti: anche qui conveniamo pienamente col Pernice, non col Bechmann, il quale ammetterebbe la subsunzione della *locatio operis* sotto le ali della *locatio operarum*, almeno per la moderna dogmatica ³⁾. La *locatio operis* ha delle caratteristiche proprie che ne fanno un istituto a sè, distinto completamente dall'altro. È la differenza tra il lavoro dipendente e il lavoro indipendente: e questa differenza era specialmente risentita in diritto romano, in cui, a ragione appunto della dipendenza (un riflesso dell'origine storica), le *operae liberales*

¹⁾ Il DANKWARDT, op. cit., pag. 303, sostiene che la *locatio operis* è nata dalla *locatio operarum*. Ma non prova ciò. Dogmaticamente quindi, per il DANKWARDT, la *locatio operis* non sarebbe altro che una *locatio operarum* modificata con un patto accessorio (« Nebenvertrag »). E cioè (questo è in altra parola il concetto dello scrittore citato) il *redemptor operis*, l'odierno appaltatore, si limita ad assumersi la quantità di lavoro (*faciendi necessitas*) richiesta per ottenere un dato risultato, e la suprema direzione dell'elaborazione. Questa formula è stata sottoposta, e giustamente, a una critica acuta per parte dell'ENDEMANN (op. cit., p. 688). Nota questi, esattamente, che anzitutto il DANKWARDT ha confuso l'oggetto della prestazione col mezzo; ha fatto oggetto quello che è mezzo, dimenticandosi che il *redemptor operis* promette non una data quantità di lavoro, come il *locator operarum*, ma un risultato, per giungere al quale deve far uso di una quantità di lavoro variabile: che può essere meno o più del previsto. In secondo luogo, continua l'ENDEMANN, la prestazione di lavoro del *conductor operis* è indipendente, ma non esclude tuttavia un'ingerenza del locatore. Questo vedemmo nei numeri che precedono. Peccato, però, che l'ENDEMANN più oltre distrugga l'effetto di questa sua critica esatta, quando applaude alla tendenza che secondo lui (e forse non a torto) esiste in WINDSCHEID, di accomunare i due istituti nel trattamento giuridico! (op. cit., pag. 693, 694). Contro la teorica per cui i due contratti sono l'uno una modificazione dell'altro, teorica che ha ormai fatto il suo tempo, già altre volte mi sono opposto: cfr. *Rivista ital. per le sc. giur.*, 1898.

²⁾ BECHMANN la ritiene cosa indubbia, *Kauf*, I, pag. 432; cfr. PERNICE, nella *Zeitsch. f. Savigny-Stift.*, VIII, p. 240; MOMMSEN, *R. Staatsr.*, II, p. 420, I, 239, ecc.

³⁾ Op. cit., I, p. 428, nota 3: cfr. DEGENKOLB, *Platzr. u. M.*, p. 230, nota 2.

sfuggivano alle strettoie umilianti della dipendenza propria della *locatio operarum*¹⁾; la *locatio operis* aveva un procedimento tutto suo proprio.

La conseguenza di tutto ciò è che dunque dovremo andare molto a rilento nell'ammettere l'analogia tra i due istituti. Però non dobbiamo neppure esagerare. Quando il Bechmann sostiene che oggi, da un punto di vista dogmatico, i due contratti si fondono, dice troppo, si capisce²⁾; ma ad ogni modo è innegabile che vi è in ambo i casi un *facere*, una *faciendi necessitas*. E questo porta a una parziale analogia di principi tra i due contratti, in quanto solo l'elemento dell'attività sia in gioco, prescindendo dalla sua funzione ultima nel rapporto giuridico: di fine, o di mezzo. Il meglio è studiare i due rapporti colla imparzialità di chi non parte dal presupposto che si tratti di due membri compresi l'uno nell'altro, ma solo di due membri distinti appartenenti a una unica famiglia.

Questo dell'analogia tra le due forme di locazione di lavoro è in realtà un tema abbastanza controverso. La nega il Lotmar³⁾, per la ragione a mio avviso alquanto speciosa che quando la legge ha trattato di due contratti in due titoli differenti con ciò intende escludere senz'altro l'estensione analogica dall'uno all'altro. Ora questa ragione, non applicabile ad ogni modo al nostro Codice che dà del contratto di lavoro una definizione unica (art. 1570), e ne disciplina le forme in un unico titolo, non è vera neppure pel Cod. civ. german.: perchè se la *ratio* di una norma applicata all'una delle due forme di contratto di lavoro è così larga da abbracciare anche l'altra, per i principi

¹⁾ Questo non può disconoscersi: cfr. DEGENKOLB e PERNICE, op. e loc. cit.

²⁾ La fusione di questi due rapporti, fino anzi a proclamare addirittura l'assurdità di tenerli distinti, sembra a prima vista essere propugnata da uno de' nostri trattatisti, dal RICCI, *Corso di dir. civ.*, VIII, n. 205. Questi sostiene con molta energia che di cotesta distinzione non vi ha traccia nell'odierno diritto. Il RICCI — che ha fatto anche una strana confusione pel diritto romano su questa distinzione, spingendo alle ultime conseguenze il tanto bistrattato frammento di PAOLO: « *artifex locat faciendi necessitatem* » — sostiene che questa distinzione non è più ormai che un mero ricordo storico. A tutta prima siffatta asserzione fa meraviglia. Ma a guardar bene l'opposizione del RICCI si basa su un equivoco. Poichè il RICCI è costretto pure ad ammettere per il nostro codice la differenza tra locazione d'opere e d'opera, chiamando la prima « locazione della propria opera all'altrui servizio » e la seconda « locazione di opere ad appalto a cottimo ». E allora che intese il RICCI per *locatio operis* e *locatio operarum*? Probabilmente egli ha creduto che quella distinzione avesse per iscopo non una differenza sostanziale di istituti, ma puramente di designazioni: in quanto cioè quella distinzione portasse (come porta effettivamente) a uno scambio dei vocaboli « conduttore » e « locatore » che non sempre si riferiscono a chi presta il lavoro e a chi ne è creditore; a questo scambie dei vocaboli il RICCI per l'appunto si oppone. Del resto l'opposizione del RICCI è alquanto sibillina e sfornita di importanza.

³⁾ *Arbeitsvertrag*, II, 826. Nello stesso senso PLANCK, *Kommentar*, II, 531.

generali l'analogia si impone ¹⁾. Si impone nonostante si tratti di due contratti differenti, sebbene sottospecie del medesimo tipo contrattuale: tra l'affermazione del Lotmar, che siano due tipi contrattuali assolutamente autonomi ²⁾, e quella del Rümelin ³⁾, che siano il medesimo tipo di contratto, sia pure con varietà di applicazioni, mi pare che la verità stia nel mezzo. E che perciò appunto si possa discorrere di analogia, che tanto il Lotmar quanto il Rümelin, per ragioni e con risultati perfettamente opposti, mirerebbero ad escludere.

Astrattamente è dunque possibile l'imbatteci in norme estensibili. Dobbiamo però subito osservare che anzitutto la laconicità del nostro Codice in materia di locazione d'opere faranno apparire caso mai più facile l'estensione dalla locazione d'opera a quella di opere. E in secondo luogo, e soprattutto, va osservato che, eliminate le norme che presuppongano l'accentramento dell'autonomia di lavoro nell'una parte anziché nell'altra, non rimangono se non le norme che presuppongono puramente la contrapposizione di un fare e di un dare. E qui l'estensione è possibile. Ma quante sono queste norme, nelle nostre leggi così scarsamente disciplinatrici del contratto di lavoro in genere? Ben poche, per verità. Perchè l'attenzione del legislatore è soprattutto richiamata alla necessità di regolare i conflitti che praticamente nascono in specie a proposito del rapporto di subordinazione (che è l'elemento vitale e fisionomico della locazione di opere, inestensibile, come si sa), e dell'autonomia del lavoratore, nella locazione d'opera (anche questo elemento tipico ⁴⁾ e non estensibile). Si tratta praticamente di limitare

¹⁾ In senso parzialmente affine anche il RÜMELIN, op. cit., p. 179: se per uno dei due contratti vi ha una norma generale connessa a principi generali valida per tutti i contratti, quindi anche per l'altro contratto di lavoro, allora l'argomento *a contrariis* desumibile dal riferimento della norma al primo contratto è escluso, e si applica l'analogia. Ma io credo estensibile la norma anche se limitata ai contratti di lavoro, e non applicabile a contratti differenti!

²⁾ A questa affermazione, del resto, contrasta singolarmente la trattazione promiscua che il LOTMAR ha fatto delle forme varie di contratto di lavoro, di cui aveva in origine riconosciuto la fondamentale unità di caratteri generali.

³⁾ Op. cit., p. 314. Il RÜMELIN, come l'ENDEMANN, è per la concezione unitaria del contratto di lavoro, senza scinderlo nelle sue sottospecie facendone due contratti distinti. In proposito, cfr. ancora appr., n. 232. Il concetto, per me erroneo, del RÜMELIN è che la nostra distinzione non è che distinzione scientifica, non abbiamo due categorie legislative. La legge concepisce solo il « contratto di lavoro », disciplinandolo variamente nelle sue manifestazioni concrete. Ma queste non sono dunque categorie legislative?

⁴⁾ Naturalmente il RÜMELIN, per concludere nel senso di una larga estensibilità (che non sarebbe analogia) delle norme, è costretto a sostenere che la autonomia o la subordinazione, il cottimo o il lavoro a tempo non costituiscono indici differenziali tipici da costituire barriere insormontabili. E in ciò non posso assolutamente convenire. Favorevole a una trattazione unitaria del contratto di lavoro sì; ma non fino al punto da operare quell'assoluta fusione che il RÜMELIN, e non lui solo, vagheggia-

l'abuso della potestà di subordinazione, o la tendenza a sfuggire a questa subordinazione; oppure, d'altra parte, l'abuso dell'autonomia a scapito del committente, o, più raramente, la difesa di questa autonomia contro il committente. Ora: tutte queste norme che si riannodano a presupposti tipici dell'uno o dell'altro contratto certamente sono inestensibili dall'uno all'altro. Io alludo qui solo alle norme espresse nella legge: perchè quanto a quelle (e sono in buon numero!) desumibili attraverso l'equità e gli usi (art. 1124) è la stessa equità, sono gli stessi usi che ne determineranno l'estensione; ma si può esser sicuri che se proprio il presupposto è l'autonomia o la subordinazione non vi ritroveremo possibilità di estensione ¹⁾. Dopo ciò ben poco posto rimane a norme che non siano proprie dell'uno o dell'altro tipo di contratto! ²⁾.

rebbe. Del resto come può ammettersi questa fusione proprio pel Codice civ. tedesco, che distingue i due contratti senza neppur collocarli, come fa il nostro Codice, nel medesimo tipo: la locazione? Il RÜMELIN, di fronte a questa obiezione che ha ispirato al LOTMAR la sua opinione perfettamente opposta, osserva (op. cit., p. 318): « se ciò è lecito è una questione dubbia e che non si può decidere con sicurezza ». E, francamente, un modo di cavarsela troppo spiccio! — A differenza del Codice civ. germanico, il codice austriaco ha fuso addirittura i due istituti: ciò che ai più è sembrato un regresso. Lo SCHREIBER (op. cit., p. 8) ha assunto di provare come questa fusione, questa miscela necessariamente ibrida sia solo apparente: poichè alcuni paragrafi si riferirebbero solo alla *locatio operarum*, e altri solo alla *locatio operis*. La dimostrazione però mi sembra riuscita solo in parte. D'altronde la prima codificazione che ci offre la trattazione promiscua delle due forme di contratto di lavoro è precisamente la codificazione giustinianea, proprio quella che più d'ogni altra avrebbe dovuto risentire l'influenza della diversità di origine dei due istituti. Invece prevale il concetto dogmatico, unificante le varie forme di godimento dietro mercede (di una cosa, di forze di lavoro) sotto la rubrica « *de locatione et conductione* ». L'ENDEMANN, *Die rechtliche Behandlung der Arbeit*, in *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, XII, pag. 653, ritiene che la trattazione promiscua della *locatio operarum* colla *locatio operis* sia derivata da ciò che i limiti che distinguono l'una dall'altra sono male determinati. Anche questo può aver contribuito. Prevalente mi sembra l'altra ragione da noi addotta: poichè attraverso a questa trattazione promiscua i due istituti balzano pur sempre dal *Corpus iuris* con una veste e un organismo proprio.

¹⁾ Un caso indubbio par certo l'obbligo nel creditore del lavoro di apprestare un sano ambiente di lavoro desumibile dall'art. 1124. Ma si può *a priori* escludere che l'art. 1124 (equità, usi!) l'escluda davvero in qualche caso di lavoro autonomo attuato in un ambiente del creditore del lavoro? Posto che proprio vi sia lavoro autonomo: sopra (n. 223) s'è visto che in tal caso spesso è subordinato. Si è discusso ad es. se la padrona di casa debba scaldare il locale (se d'inverno) in cui lavora la sarta presa a giornata, anche se lavoro autonomo: il COSACK dice di no; il RÜMELIN di sì (cfr. le citaz., l. cit.). Ma in realtà questo, a mio avviso, è lavoro subordinato!

²⁾ E lo stesso RÜMELIN confessa (p. 318) che non si può determinare la portata di applicazione dell'estensione delle norme dell'uno all'altro contratto.

Ad es., per limitarci al Codice civile, e prescindendo, qui, da altre disposizioni disseminate qua e là nelle altre leggi, è chiaro che gli art. 1634, 1635, 1637, 1639, 1640, 1644, 1646 presuppongono l'organizzazione autonoma del lavoro nel lavoratore; nessuna analogia, per queste disposizioni. L'art. 1636 sancisce invece un principio in realtà comune anche alla locazione d'opere: il creditore del lavoro deve subire i rischi della propria autonoma iniziativa; quindi il rischio della materia prima da lui consegnata per l'elaborazione al lavoratore.

L'art. 1638 pone un principio di cui si può ammettere entro certi limiti l'estensione analogica alla locazione d'opere a cottimo: entro i limiti, cioè, in cui di verificaione si possa scorrere, a proposito di un lavoro compiuto sotto la direzione e la vigilanza del creditore del lavoro. Così pure è estensibile l'art. 1642, che presuppone un elemento comune al contratto di lavoro: la fiduciarità e conseguente insostituibilità del soggetto connessa a una prestazione di fare¹⁾.

231. Nonostante quanto si è esposto allo scopo di chiarire sempre più la portata del criterio differenziale tra locazione di opere e di opera, non è da escludere che vi possa essere qualche caso in cui rimanga ragionevolmente il dubbio circa la natura del rapporto. Non credo, ripeto, che il dubbio possa nascere facilmente, dato che, col soccorso degli indici di autonomia che sopra abbiamo ricordato, non è difficile scoprire dove l'organizzazione del lavoro sia accentrata e che non si deve esclusivamente aver riguardo al criterio della direzione del lavoro, equivoco di per sé se non è lumeggiato convenientemente dal criterio dell'organizzazione, da cui dipende la portata di quello della direzione²⁾.

Ad ogni modo, quando un dubbio sorgesse, dobbiamo propendere per il lavoro subordinato o per quello autonomo? È una domanda che lascia discretamente perplessi: il lavoro subordinato è meglio tutelato, come s'è visto, dalle provvidenze sociali e dallo stesso sistema del codice³⁾; il lavoro autonomo risponde meglio alle aspirazioni dei lavo-

¹⁾ Non mi è invece assolutamente riuscito di capire come il LOTMAR, cit. II, p. 826, note 6 e 7, possa ritenere conciliabili colla locazione di servizi i §§ 616, 618 Cod. civ. germ.: benchè il L. concluda che in realtà vanno limitati.

²⁾ Io credo, ad es., che si tratti di lavoro autonomo quando le parti abbiano pattuito che la cosa da elaborare abbia certe determinate qualità: ciò significa per lo più (non necessariamente) che il creditore del lavoro non assume lui la direzione del lavoro. Cfr. RIMELIN, op. cit., p. 150.

³⁾ Tanto che, come s'è visto, il prog. francese di legge sul contratto di lavoro tende a sussumere nella locazione d'opere casi di vera locazione d'opera. Questo potrebbe essere un indice per la presunzione in favore della locazione d'opere. Ma in realtà conferma il nostro punto di vista: perchè quella sussunzione è limitata a casi meritevoli di tutela sociale.

ratori, come ora vedremo. Nel primo senso si è espresso l'Emerich ¹⁾. Io sto per un'opinione eclettica ispirata anzitutto alla solita massima: *in dubio pro debitore* ²⁾; e poi allo stesso criterio differenziale qui accolto; e cioè credo che il giudice debba propendere per il lavoro autonomo quando le condizioni personali e sociali e patrimoniali del lavoratore facciano pensare che egli sia in grado di dominare i rischi, e cioè possa assumersi la *universitas consummationis*. Diversamente è da ritenere che l'organizzazione e quindi il rischio vada accollato al creditore del lavoro ³⁾. Tanto maggior luce getteranno i precedenti, e le abitudini professionali sia del lavoratore come dell'altro contraente. Capisco che per questa via si arriverà, nel dubbio, a presumere che il lavoratore rinunci al compenso se il risultato non è ottenuto ⁴⁾. Io, per conto mio (senza girare la difficoltà come ha fatto il Rümelin ⁵⁾), non mi spavento delle conseguenze cui col presumere il lavoratore autonomo si può arrivare; non credo infatti all'assioma della non presumibilità delle rinunce se non nel limite in cui questo assioma sia giustificato dall'indagine della situazione economica e sociale, rivelata dalle circostanze concrete, del rinunciante. Se una rinuncia è da ritenersi come compresa necessariamente in una situazione a suo favore, non esito ad ammettere la presunzione della rinuncia (espressione, questa, comoda e chiara, ma dogmaticamente infelice). I vantaggi dell'autonomia, se le condizioni del debitore gli permettono di affrontarla, compenseranno ad usura la possibilità del rischio. Del resto faccio osservare che la tesi della presumibilità sempre del lavoro subordinato trascura alquanto la posizione del creditore del lavoro: la obiezione fattasi, pur tenuto conto del maggior favore a cui ha di-

¹⁾ *Kauf und Werklieferungsvertrag* (nelle *Abhandlungen* del FISCHER, vol. IV), p. 675. Anche il LOTMAR, op. cit., I, p. 26, mi pare di questo avviso, ma non per il solo motivo del *periculum*. E così pure il PLANCK, *Komm.*, II, 556.

²⁾ Art. 1137. È anche in base all'art. 1124 (buona fede, equità). L'invocazione dell'affine § 157 Cod. civ. germ., fatta dal PLANCK, per la sua tesi, mi sembra unilaterale. Contro l'appoggio di questi articoli riguardanti l'interpretazione e il contenuto dei contratti, il LOTMAR, cit., II, p. 895, oppone che essi concernono situazioni di fatto, mentre qui si tratta di decidere una posizione giuridica. Ma io osservo che si tratta appunto di sapere quello che le parti hanno voluto; un contratto c'è, ma come interpretarlo? che contenuto ha?

³⁾ Cfr. pure RÜMELIN, op. cit., p. 216: se il lavoratore ha capitali potrà assumersi a suo carico le conseguenze eventuali del rischio. Il R. però altrove limita più esplicitamente la presunzione di lavoro autonomo alla produzione o elaborazione di qualche cosa (op. cit., p. 150).

⁴⁾ È perciò che anche lo RIEZLER, cit., p. 44, è, nel dubbio, per la locazione d'opere.

⁵⁾ Il quale risponde, op. cit., p. 149, che se il rischio è forte le parti prevedono il caso, decidendo in conseguenza chi lo deve sopportare. Vero, per lo più: ma se il dubbio restasse?

ritto il lavoratore, può esser ritorta, notando che non vi è ragione per presumere l'accollo a suo carico del rischio!

Del resto ho qualche dubbio che sia opportuno rilevare questo concetto di una rinuncia, nella posizione complessa, ma sintetica e unitaria, creata dal contratto di locazione d'opera. Il Riezler scinde così la posizione del lavoratore autonomo: a) promessa di una attività; b) rinuncia a un compenso se il risultato manca. Ora questa costruzione così disgregatrice, come ha osservato benissimo il Rümelin ¹⁾, è oltremodo artificiosa, e non corrisponde alla realtà dei fatti ²⁾.

232. Quanto precede mi pare una sufficiente giustificazione della necessità di riconoscere la importanza fondamentale della distinzione tra locazione di opere e di opera, e di respingere quindi le proposte di chi questa importanza non ha inteso. Così ad es. il Bluntschli ³⁾ crede indispensabile distinguere, oggi, il « Lohndienstvertrag » dal « Freidienstvertrag », che si possono tradurre « locazione di opere salariate » e « locazione di opere o lavoro libero ». La prima comprenderebbe le opere materiali o manuali, quelle insomma per cui si ammette un rapporto di dipendenza materiale di soggezione: è il contratto con operai, domestici, ecc. L'altro contratto invece sarebbe eminentemente moderno nel senso che vi si comprenderebbero quelle opere liberali e quel lavoro libero che non si presta a un rapporto di dipendenza e di obbedienza passiva verso il creditore. In questo contratto, secondo il giurista svizzero, la ricompensa è detta comunemente « onorario »: e all'onorario può esservi benissimo un diritto senza bisogno di una esplicita dichiarazione di esso fatta dalle parti. Il Bluntschli considera come stadio di transizione dalla prima alla seconda delle due succitate locazioni quella dei preposti di commercio (« Handelsgehilfen »). E il Bluntschli assevera che questo sistema, portante alla succitata distinzione, è riprodotto anche nella codificazione francese. Di vero e sano in queste pagine del Bluntschli c'è solo l'esatto concetto che egli ha avuto di tutte quelle varie forme di attività, anche commerciali, che di solito si trattano dalla dottrina distintamente, come figure eterogenee, non come membri di un'unica famiglia. Ma non saprei affatto accogliere la distinzione tra la locazione di opere salariate e libere: perchè o si fonda sull'esservi o no il rapporto di subordinazione, e coincide colla vecchia classificazione che

¹⁾ Op. e loc. cit.

²⁾ Inutile osservare che non distinguo tra lavoro autonomo per risultato materiale e immateriale, come, sulla scorta di una per me erronea interpretazione del § 631 cod. civ. germ., pare faccia il RÜMELIN, forse pensando che il limitare la eventuale presunzione di locazione d'opera al primo caso sia giustificato dal vantaggio, pel creditore del lavoro, del collaudo e della verifica.

³⁾ *Deutsches Privatrecht*, III ed., 1864, §§ 121, 122.

il Bluntschli, e tanti con lui, non hanno inteso. O ne prescinde, e allora va respinta perchè colloca assieme casi di vero lavoro autonomo con casi di lavoro subordinato, ma in cui la subordinazione, per l'elevatezza del lavoro, è attenuata (come sopra s'è visto).

Le obiezioni sono nate dal non avere bene inteso la subordinazione tipica della locazione di opere. Vi si è vista un'eco dell'antico servaggio. Così secondo l'Endemann ¹⁾ nel concetto di contratto di lavoro, considerato nella parte sottoposta esclusivamente al diritto privato, sottratto alla legislazione sociale, si è in questo secolo, o meglio ancora in questi ultimi tempi operata una grande rivoluzione, poichè il lavoro è oggi esclusivamente un lavoro libero; all'antica ossatura della « locazione » (*operarum, operis*) se ne è sostituita un'altra da cui rifugge il concetto di lavoro servile compreso nell'istituto della locazione, rammemorante la locazione delle *operae servorum*. Locazione è assoggettamento. Oggi non si ha più un assoggettamento, ma un libero contratto tra eguali. Taluno offre il lavoro proprio, come offrirebbe una merce qualsiasi. L'Endemann condanna quindi la dottrina dominante e la legislazione moderna (ultima manifestazione della quale fu quella germanica) che, secondo lui, si muovono a disagio entro le formelle rigidamente delineate dalla classificazione romanistica.

Ripeto che tutta la battaglia combattuta dall'Endemann per l'unificazione del contratto di lavoro ²⁾ poggia su uno, anzi su due equivoci. Anzitutto sul modo di concepire la locazione; poi anche, più particolarmente, sul modo di concepire la locazione di opere. L'Endemann si è arrestato al concetto materialistico proprio del diritto romano, e che talora da scrittori francesi si vorrebbe a torto vedere ripristinato nella codificazione napoleonica. Invece la odierna locazione di opere ha in sè una elasticità grande che la rende applicabile anche a quelle opere da cui sembra rifuggire a tutta prima l'idea di soggezione, di dipendenza: e noi sosteniamo che si tratta di una concezione romanistica, nel senso, si intende, che il concetto odierno si

¹⁾ Op. cit., p. 706, 707. Anche l'ABELLO, *Locaz.*, III, p. 50, adduce, contro il concetto di subordinazione o autonomia, il carattere non servile del lavoro odierno.

²⁾ Di questa tendenza unificatrice s'è già discorso sopra, n. 230, a proposito dell'estensione analogica delle regole dall'una all'altra forma di contratto di lavoro. Aggiungo, qui, come già nella commissione per il progetto francese di legge sul contratto di lavoro aveva qualche voce in seno alla *Société des études législatives* proposto la fusione dei due tipi, che poi fu abbandonata. Già prima il LEGER, nella *Revue polit. et parlement.*, 1906, 2, 506, aveva osservato che con questa fusione si rompe con una distinzione tradizionale poco netta, difforme della realtà industriale (!) e dalla natura del contratto di lavoro. E il RÜMELIN esce a dire (op. cit., p. 317) esser merito dei socialisti l'aver capito la natura unitaria del contratto di lavoro, e aver propugnato, invano, la cancellazione della distinzione tra locazione di opere e di opera (!).

è svolto dal germe offertoci da quel diritto immortale. Ripetiamo ancora una volta che quell'istituto si è andato evolvendo in un movimento progressivo notevole, senza trasformarsi nella sostanza. Certo, nel diritto romano l'idea materialistica di dipendenza doveva essere una necessaria conseguenza della subsunzione, sotto la rubrica di *locatio operarum*, delle *operae illiberales* semplicemente. La questione nostra si riconnette dunque con quella tanto agitata oggi delle professioni liberali (*operae liberales*). Noi accettiamo in sostanza l'opera provvida del movimento evolutivo, non rivoluzionario. Il germe romanistico e l'ossatura che l'acume dei giuristi di Roma antica ci ha offerto vivono ancora oggi: solo il soffio della modernità vi è penetrato; è penetrato, così, anche nel codice Napoleone, malgrado la dizione inesatta dell'art. 1789, 1.° (1627, 1.° cod. ital.) faccia credere che il sistema legislativo di quel codice abbia riprodotto la teoria prettamente romanistica di Domat e di Pothier. Il deficiente trattamento legislativo permette invece al giurista un'esegesi più moderna ¹).

D'altronde non è un fuor luogo notare che l'opposizione dell'Endemann si risolve in nulla; chè egli pure, malgrado tutto, dopo avere proclamato la necessità di lumeggiare giuridicamente la prestazione di lavoro libero, nella più ampia accezione di questo vocabolo, comprendente anche la prestazione gratuita di lavoro, e prescindendo dalle viete classificazioni romanistiche, dopo ciò è costretto a confessare che bisogna però avere riguardo al modo con cui il lavoro deve essere prestato, se coll'entrare al servizio del creditore, oppure se colla riserva nel debitore, in tutto o in parte, di una propria responsabilità. Ciò che dimostra come la distinzione (che noi riteniamo assolutamente esauriente) tra locazione di opere e di opera sia ancor oggi una necessità cui non possiamo sfuggire, se non a patto di cadere in nebulose astrazioni, come ha fatto precisamente l'Endemann; o di accampare una asserzione sfornita di dimostrazione come ha fatto sulle orme dell'Endemann lo Dniestrzanski, che si limita, come vedemmo, ad approvare l'opera unificatrice — secondo lui anche nella sostanza oltre che nella forma — del codice austriaco; o di ricorrere a proposte inaccettabili, perchè fondate su criteri superficiali e non sostanziali di distinzione, come l'uno e l'altro hanno fatto ²).

¹) Questo è da affermare ad es. contro le critiche vivaci, al regime giuridico-economico della locazione d'opere, formulata dal COGNETTI DE MARTIIS, che si è ricordato sopra (p. 177, nota 1; cfr. ivi citaz.). Osservo che il C. non ha compreso l'evoluzione della locazione d'opere, come svolgimento del germe antico (cfr. spec. op. cit. del C., pag. CLV): duttilità soprattutto del concetto di « locazione » non legato al regime economico sotto cui è sorto, e la limitazione alla tecnica del rapporto di subordinazione. Non mi pare, ciò considerando, di dover concludere per l'« incoerenza della *locatio operarum* nel diritto sociale moderno ».

²) Anche in Germania, all'epoca della compilazione del terzo progetto di co-

In conclusione io credo assolutamente ingiustificata l'avversione a questo concetto di subordinazione, nonostante quel certo sapore di servilità¹⁾, che vi par necessariamente riconnesso, e a cui l'autocrazia industriale, come si è sopra discusso, sembra aver dato alimento. In realtà questo rapporto di subordinazione implica una unilaterale affermazione della volontà del creditore del lavoro, una affermazione signorile, imperativa (di cui sono manifestazioni tipiche gli « ordini di servizio », i divieti, i contrordini, le assegnazioni a lavori diversi, entro i limiti contrattuali e via dicendo), che non ha bisogno di incontrare sul suo cammino un attuale consenso del lavoratore, perchè questi già nel contratto si è impegnato a sottostare senz'altro a quei comandi. È dunque una specie di potestà, che è però sempre contenuta nei limiti del rapporto obbligatorio: è il creditore che esige dal debitore un dato contegno; in fondo è della natura stessa di quelle manifestazioni unilateralmente efficaci (imperative) che sono concesse al creditore come tale. L'intimazione dell'interpellazione che altro non è, dunque?

Eppure, se non è strutturalmente figura nuova nel campo del diritto, è pur sempre una potestà²⁾ che, date le circostanze che l'accompagnano, e l'organizzazione autocratica industriale, ha destato e desta

dice civile, sorsero discussioni in seno alla Commissione relatrice, circa l'ammissibilità di una proposta di modificazione al § 604. Si era proposto di trattare sotto la rubrica « contratto di servizi » (locazione di opere) della locazione del lavoro domestico, economico e industriale che è il più importante, e di collocare tutte le altre « opere » sotto la rubrica della « locazione d'opera » (*Werkvertrag*). Ma il rappresentante del Governo e parecchi commissari, a quanto l'ENNECCERUS ci riferisce (*Bericht*, n.º 440 al § 604, p. 78), opposero giustamente che la distinzione tra i due contratti non era affatto arbitraria, ma riposava sulla intima differenza tra il caso in cui si promettesse una quantità di lavoro e quello in cui si promettesse un dato risultato. Per i due casi dovevano valere naturalmente diverse regole; era assurdo quindi collocare sotto l'una rubrica contratti che appartenevano all'altra. Nella votazione risultarono solo due commissari favorevoli alla proposta.

¹⁾ Il FOLLIN, op. cit., p. 45, chiama anzi « asservimento » il rapporto di subordinazione, intendendolo però come noi. CHATEAUBRIAND definiva il salariato la trasformazione della servitù.

²⁾ A questo concetto di potestà si oppone il FLESCHE negli *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 1900, p. 218: non è rapporto di potestà nè di tutela; nè dominato nè tutelato vuol essere l'operaio. E il FLESCHE crede che spetta al diritto opporsi a quel concetto. Ma il giurista qui ammette un rapporto di potestà solo in quel senso generale al diritto comune che è proprio degli atti di impero o di comando (cfr. CICU, *Il dir. di famiglia*, p. 20). Che questi sussistano è innegabile; perchè tanta ripugnanza ad ammettere qui questo concetto che presuppone pur sempre la preventiva adesione contrattuale e volontaria per parte del lavoratore! Finchè sussisterà lavoro subordinato e un ordine da osservare, questo concetto sarà inevitabile. Verissimo è invece che in quanto l'industriale dà ordini, emana divieti in un campo estraneo al rapporto di subordinazione, esso agisce non come creditore del lavoro, ma autoritativamente, come detentore di una potestà che non gli appartiene.

le più vive antipatie, sia in certi scrittori, come, a maggior ragione, tra gli operai: in specie tra i lavoratori materiali per cui quella potestà è più duramente sentita.

Vi è dunque un pregiudizio sentimentale in nome del quale si vorrebbe cancellare già oggi, nella locazione d'opere, questo elemento che pure ne è l'anima, o per lo meno attenuarlo sino a farne qualcosa di vago e fluttuante che con un po' di buona volontà si può scorgere anche nel lavoro autonomo¹⁾, sino a confonderlo colla pura destinazione del lavoro a utilità altrui ingenerante un vincolo nel lavoratore. Sino a ripudiare il termine « contratto di servizio », che parve umiliante²⁾: come se questo termine non avesse implicito, tale e quale come quello di « contratto di lavoro », quel principio di eguaglianza giuridica (regime contrattualistico) delle parti, che si è creduto rinnegato dalla parola « servizio »³⁾. In realtà, però, si nota una reale tendenza evolutiva, anche nella terminologia, verso espressioni che accarezzino il senso a ragione sempre più raffinato, nel lavoratore, della propria dignità. Se la parola « servizio », come s'è visto, ha ancor oggi una ragion d'essere, non è però usuale la locuzione « contratto di servizio », o « locazione di servizi ». E quanto alla designazione delle parti il vocabolo « padrone », che rimane nell'uso comune per certi lavori prevalentemente materiali, è però scomparso⁴⁾, nelle nostre leggi, salvo ad es. per alludere all'arruolamento di marinai (il termine « padrone » appartiene alla terminologia marinaresca in vigore; articoli 496, 546 Cod. comm.). È ad ogni modo scomparso anche nell'uso quotidiano per le forme di lavoro alquanto più evolute⁵⁾. Così le leggi

¹⁾ E così per il CARNELUTTI, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, II, 559 « chi lavora per conto altrui è sempre, sotto un certo aspetto, dipendente ».

²⁾ Il DESCHAMPS trova, beato lui, che l'aver sostituito « contratto di lavoro » a « locazione di servizi » abbia un profondo significato (nei *Mélanges Girardin*, ecc.). E lo CHATELAIN, *De la nature*, ecc., p. 12, si domanda: chi è oggi che si impegna all'altrui servizio? Forse un medico alla dipendenza di una casa (?), ma non l'operaio industriale. In conclusione (continua sempre questo scrittore, di solito assai poco... ortodosso) è termine vero per i domestici, ma realtà manifestamente insufficiente, inadeguato alla realtà, sterile e decrepito (p. 13).

³⁾ Il CROME, *System d. d. burg. Rechts*, II, 2, pag. 643, ritiene che questa sia l'unica eccezione di una subordinazione che, rompendo l'eguaglianza, crea differenza di classi sociali. In ciò è del vero, nel senso che la degenerazione pratica di questa potestà crea un cozzo di interessi, un conflitto di classi, che poi il diritto, come nota lo stesso CROME, cerca di appianare (es. §§ 617-619; 624 *cod. civ. ted.*), in specie con la legislazione sociale.

⁴⁾ Di « rapporto di padronanza », come effetto del contratto di lavoro, discorre il CALUCI, *Teoria dello sciopero*, cfr. pag. 12, seguendo il concetto del BRENTANO. Cfr. J. GUYOT, *Les conflits du travail*, p. 1, 112 sg.

⁵⁾ È notevole l'abbandono in Inghilterra dei vocaboli « master », e « servant », sostituiti con « employer », e « employed ». Il COGNETTI, op. cit., p. CLII, trova che questa terminologia pure è ormai antiquata, anzi errata.

sociali nostre discorrono, come s'è visto, del capo dell'industria, direttore di stabilimento, ecc.; quanto agli impiegati il progetto di legge del 12 dic. 1912, sul contratto di lavoro degli impiegati di aziende private, discorre di « assuntore » (« principale », negli usi delle Camere di commercio: cfr. pure art. 508 C. comm.) e di « impiegato » (cfr. articolo 521 Cod. comm.). È curioso a questo proposito come questa terminologia smentisca la suscettibilità di qualcuno che si è spinto sino a trovare che « impiegante » e « impiegato » sono termini errati, perchè oggi non è più l'imprenditore che impiega, ma il lavoratore che impiega sè stesso! ¹⁾.

L'avversione è viva, contro la subordinazione, tra i lavoratori materiali ²⁾, mentre la durezza di questo rapporto è assai meno vivamente sentita per il lavoro che si raffina. Ma io credo che questa distinzione tra lavoro autonomo e subordinato sia troppo profondamente radicata nella natura umana, perchè abbia a sparire. Fin che dominerà la grande industria (e i collettivisti auspicano anzi un ingrandimento progressivo che conduca all'industria statizzata o municipalizzata) ³⁾, finchè vi saranno lavoratori tecnicamente non evoluti, finchè vi sarà un proletariato sussisterà il lavoratore che non ha la capacità o la volontà di assumersi i rischi dell'organizzazione del proprio lavoro, e che metterà l'opera propria a disposizione di altri che questi rischi assuma ⁴⁾. Questa subordinazione, oltre che in realtà rispondente

¹⁾ COGNETTI, op. e l. cit.

²⁾ Il LEVENSTEIN, nel suo già cit. interessantissimo *referendum* sulla psiche degli operai (*Die Arbeiterfrage*), 1912, p. 131, ritiene che l'industriale oggi tenda a considerare l'operaio come un servitore assolutamente subordinato che è fuori della convivenza solidale della società. Questa della subordinazione è in realtà la questione più bruciante, nella psiche degli operai. Qualcuno (sempre nel cit. *referendum*) si lagna che il capo non lo saluti neppure. Un altro risponde: non mi deprimo tanto la scarsezza di salario quanto la mia dipendenza; io sono libero, non schiavo. Le risposte in proposito sono state le più furenti (p. 132). Si sono commossi anche quelli che alla domanda se preferivano il lavoro a cottimo o a tempo, hanno risposto: non mi importa niente. « La coscienza della mia dipendenza ha fatto di me un uomo irritabile ». « La sirena mi chiama, come il padrone col suo fischio chiama il suo cane ». « Io reprimo il rapporto di subordinazione coll'orgoglio del proletario » (p. 134). Non manca però chi osserva (p. 135): per me quel che importa è guadagnare il più possibile.

³⁾ Il cui effetto sarebbe quindi l'incremento del salariato; il trionfo del collettivismo è proprio, si voglia o no, il trionfo di quel regime di salariato che si vorrebbe rovesciare. Cfr. BOURGUIN, *Les systèmes socialistes*, p. 366. Ad un perpetuarsi della locazione d'opere si dovrebbe pure giungere, da un opposto punto di vista, colla costituzione del regime di cooperazione volontaria e di libertà contrattuale assicurante a ciascuno una ricompensa proporzionata, all'attuale cooperazione forzata propria della società militare. Così SPENCER, *Principi di sociologia*, Cap. XVIII, (le società industriali).

⁴⁾ Il salariato è certamente esistito subito, coll'apparire del lavoro libero,

alla tendenza sempre più spiccata nelle masse lavoratrici a respingere da se i rischi della produzione ¹⁾, come già s'è osservato, è dunque un'esigenza imprescindibile per i progressi della tecnica industriale. La capacità tecnica e commerciale e amministrativa non esiste se non in pochi: di qui la necessità che a questi pochi sia dato di dirigere l'organizzazione del lavoro ²⁾.

Ma questo non vuol dire che la subordinazione debba necessariamente avere la forma talora aspra che sussiste specie nella disciplina delle grandi fabbriche, e per certe specie di lavoro in cui il contatto padronale è massimo ³⁾; che abbia a restare in tutto quella che è oggi. È verissimo che nei lavoratori dominano oggi due tendenze fino a un certo punto contraddittorie: quella, ora notata, a evitare i rischi della produzione coll'assicurarsi in qualunque caso una mercede; e d'altra parte quella a una progressiva, sempre maggiore autonomia ⁴⁾, per il fatto notorio che si lavora sempre più volentieri per proprio conto che per conto e alla dipendenza altrui ⁵⁾. Ora: che il legislatore debba più che può favorire questo passaggio al lavoro autonomo è indubbio; con tutte quelle provvidenze sociali che val-

benchè (RICCA-SALERNO, *La teoria del salario*, p. 2) sia fenomeno economicamente già evoluto, in quanto presuppone la necessità di un'anticipazione capitalistica data dal risparmio anteriore.

¹⁾ Cfr. sopra, p. 235. Il MERLIN, *Le contrat du travail*, cit., p. 88, esprime questo concetto scomponendo il contratto di lavoro, in modo da vedervi anche: a) un contratto di assicurazione accanto al contratto principale; il padrone garantisce contro i rischi, e il lavoratore paga il premio con una diminuzione di mercede; b) un contratto accessorio di promessa di mutuo: l'imprenditore si obbliga a pagar l'operaio prima della realizzazione del prodotto colla vendita; l'interesse è pagato con altra diminuzione di mercede. È superfluo osservare come questa costruzione, imperniata a elementi verissimi, sarebbe giuridicamente ridondante, se presa alla lettera. Del resto la tendenza indicata nel testo è universale: anche il capitalista tende, specie in Italia (ed è male), a preferire un modico interesse, a un eventuale più lauto dividendo! Cfr. DE MOLINARI, *Les bourses du travail*, p. 5.

²⁾ Cfr. FLESCH, in *Jahrbücher für Nationalökonom.*, 1900 (XIX), p. 224; LEROY-BEAULIEU, *Essai sur la répartition des richesses*, p. 365, 367; BIANCHINI, *Capit. e lavoro*, p. 43. sg. Cfr. in senso contrario la monografia (molto mediocre) del LESIGNE, *L'homme ne veut plus du salariat*, già cit. (a spiegazione avverto che questa monografia fa parte della Biblioteca della Camera consult. delle associaz. operaie di produzione, naturalmente poco propense al lavoro autonomo!).

³⁾ Ad es. nel contratto di lavoro domestico.

⁴⁾ Questo contrasto ci è rivelato anche nel cit. *referendum* del LEWENSTEIN. Un operaio alla domanda che lavoro preferisca risponde: un lavoro che mi renda indipendente dall'imprenditore » (p. 158).

⁵⁾ Cfr. *Staatslexikon* (1897), p. 251. Secondo il DAUNENBERG, in *Schrift d. Vereins für Socialpolitik*, 1878, p. 207, la causa della tensione tra capitale e lavoro sarebbe la sempre maggior difficoltà per l'operaio di passare alla condizione di lavoratore autonomo.

gono a migliorare l'istruzione tecnica professionale, e agevolare, dove si possa, il credito all'artigianato, o la distribuzione di mezzi meccanici di produzione, come ora si tende a fare, a vantaggio del lavoro a domicilio ¹⁾. Tutto ciò può portare qualche diminuzione nel salariato. Ma siccome questo sussisterà, perchè per certi lavori la grande industria si impone, e non a tutti i lavoratori sarà possibile conseguire quella specie di promozione all'artigianato, così l'attenzione degli studiosi deve essere rivolta al modo di temperare il rapporto di subordinazione.

In proposito, i mezzi non possono essere forniti che o dall'impulso degli industriali, rivolti a imprimere forme sempre più moderne alla disciplina, che pure è inevitabile, oppure dall'unione dei lavoratori, che ottenga la sostituzione all'operaio come unità singola, cioè un'atomo nel gigantesco congegno della grande industria, della collettività operaia, più forte. Ed è quanto accade oggi, in cui l'equilibrio tra le parti non ha ancor trovato il suo punto di assestamento stabile (lo troverà? e quando?), e quindi perdura acre la lotta più o meno sorda tra queste due grandi forze contrapposte. Io credo che l'intervento collettivo possa essere efficace nella stipulazione dei patti contrattuali (concordati di lavoro; contratti collettivi di lavoro) ²⁾. Ma non si può non constatare che per ora la tendenza di questi interventi collettivi a limitare la subordinazione, a frenar l'autonomia dell'industriale coll'imporre dei controlli e un sindacato nella sua officina rende poco simpatiche quelle forme collettive di stipulazione agli industriali. È necessario assolutamente che le organizzazioni operaie si convincano come vi siano dei capisaldi a proposito dei quali l'industriale è gelosissimo, e a ragione, della propria autonomia, e perdurerà la sua autocrazia nelle officine. E cioè ³⁾ quanto ai prodotti da eseguire, cioè la determinazione della merce e del servizio da offrire al pubblico; quanto ai modi di produzione ⁴⁾ o di attuazione

¹⁾ Cfr. per qualche relazione LEROY-BEAULIEU, *Traité* (1910), II, 223. Il quale ritiene che la sparizione del salariato piomberebbe il mondo nel caos, e renderebbe impossibile la grande industria (p. 245).

²⁾ Favorevoli al contratto collettivo, da questo punto di vista, sono quasi tutti i non pochi (troppi, forse!) trattatisti dell'argomento. Cfr. ad es. BUREAU, *Contr. de travail*, cit., p. 249.

³⁾ Cfr. su ciò WEBER, in *Revue de Paris*, 15 dic. 1897. Cfr. pure sopra, p. 236-237.

⁴⁾ Caso tipico fu quello dell'operaio HOWE, addetto a certi lavori di pulitura di macchine in un cantiere inglese (nel 1910). L'operaio si oppose perchè gli ordini erano contrari alle regole del mestiere fissate dal sindacato, che infatti gli diede ragione. Di qui uno sciopero, che fu la scintilla che determinò in Inghilterra una lotta fierissima, sul punto se l'industriale è o no padrone di fare a modo suo, quanto alla direzione tecnica del lavoro. Cfr. *Revue socialiste*, 1910, p. 324 sg. Su questa tendenza delle *Trades Unions* a sostituirsi anche qui agli industriali

del servizio (la scelta della materia prima, dei metodi tecnici, e anche — argomento questo molto vivacemente contestato tra industriali e operai — dei lavoratori). Su molte delle condizioni di impiego, in cui la subordinazione può essere temperata (determinazione di un limite massimo di tempo pel lavoro, di cautele igieniche e preventive di infortuni, ecc.), l'opera delle organizzazioni può essere efficace.

233. Naturalmente io ho fin qui alluso solo a temperamenti di un vincolo di subordinazione¹⁾. Non parlo quindi dei mezzi proposti per eliminarlo: dall'ideale socialista, cui s'è già accennato, alla diffusione del lavoro autonomo come cooperativa o associazione di produzione, oppure nella forma di commercializzazione del lavoro proposta dal Guyot²⁾. Il quale con ciò pensava di eliminare la locazione di opere, colla dipendenza che è causa di tutti gli inconvenienti, sostituendovi la locazione d'opera³⁾; eliminava pure il lavoro a tempo, generalizzando il cottimo. In sostanza alla massa attuale di lavoratori reclutati spesso a uno a uno, e dipendenti dall'industriale che dirige il loro lavoro, sarebbe surrogata una massa di lavoratori costituita in società anonima; una vera società commerciale che assumerebbe l'esecuzione di un dato lavoro sia pure coi criteri tecnici imposti dall'industriale. Ma l'attuerebbe con organizzazione propria, impegnandosi a un dato

cfr. Y. GUYOT, op. cit., p. 74. L'inchiesta inglese del 1891-1894, nel suo *Final Report* (che trovo cit. in *Bibliot. Econ.*, V, 2, p. CXLVII) non esclude che in avvenire gli operai spingano la loro crescente intromissione nell'esercizio della azienda da cui dipendono sino all'acquisto di un voto (consultivo, però!) « sul generale esercizio delle industrie, nel dirigere la produzione, nella fissazione dei prezzi... ». Questo nel 1891-1894. Ma non mi pare che la predizione tenda ad avverarsi!

¹⁾ E un temperamento, ma non (come ha ritenuto il BOURGUIN, op. cit., pagina 372 sg.) un'eliminazione conseguirebbe dalla più dettagliata disciplina che si possa immaginare dei contratti di lavoro — di solito così laconici — circa il modo, la qualità, la durata della prestazione. Sarà diminuito, non impedito l'arbitrio dell'industriale, chè difficilmente si può prevenire nel contratto ogni intervento del suo arbitrario criterio direttivo, così variabile secondo circostanze imprevedibili. Il vantaggio ad ogni modo di quella più dettagliata disciplina contrattuale, cui si perviene più facilmente con concordati collettivi, è di far perdere all'attuazione della subordinazione qualche sua angolosità irritante.

²⁾ Op. cit. Già prima il DE MOLINARI, in un articolo molto vecchio (1842, sull'*Avenir des chemins de fer*) in cui era previsto che il lavoro doveva commercializzarsi, acquistarsi e vendersi all'ingrosso. Questo commercio del lavoro cred. in lui, l'idea delle Borse o Camere del lavoro. Anche il WALDECK-ROUSSEAU a proposito, del progetto di legge 14 nov. 1897, aveva prevista la possibilità che i Sindacati operai facessero atti di commercio anche sotto forma di prestazione d'opera, ma senza somministrazione di materiali; è una società commerciale, diceva, che si sovrappone al Sindacato.

³⁾ Questa è forma, scrive il GUYOT, più simpatica; il lavoro è autonomo, e si applica alle cose, non alla persona (op. cit., p. 263); con che allude al rapporto personale di subordinazione.

risultato, in base al quale avverrebbe il pagamento della mercede. Il lavoro sarebbe anonimo, la persona del lavoratore non più a contatto coll'industriale: debitrice del lavoro sarebbe la società anonima, non i singoli lavoratori ⁴⁾. Quindi autonomia del lavoratore di fronte ai terzi e all'industriale: la società sarebbe estranea ai rischi della produzione dal punto di vista del risultato economico, così come l'industriale sarebbe estraneo all'elaborazione ²⁾, non avendo più che una attività puramente commerciale ³⁾.

Che questo progetto sia assolutamente irrealizzabile, perchè si affidi alla società anonima l'organizzazione piena degli affari, coi rischi relativi del lavoro, nessuno lo vorrà asserire: mi basta ricordare come qualcosa di simile sussista già oggi colle « cooperative di lavoro » ⁴⁾, dove almeno certe linee direttive del Guyot sono attuate ⁵⁾. E aggiungo come almeno uno degli elementi fondamentali di questo progetto, cioè la tendenza a sottrarre all'industriale la scelta del personale, di cui si occuperebbero i sindacati operai ⁶⁾, sia molto viva nella massa lavoratrice organizzata, sempre in attuazione della tendenza a una possibile rottura dell'autocrazia industriale. Non escludo anche che qua e là abbia anche applicazioni sporadiche: poche ad ogni modo, e che di più non eliminano affatto una subordinazione tecnica.

Ma il male si è che, appunto, l'organizzazione del lavoro rimarrebbe in parte all'industriale. Il lavoro dovrebbe infatti essere attuato nel suo stabilimento, con macchine sue, su materia prima somministrata

⁴⁾ Op. cit., p. 268.

²⁾ L'industriale insomma non avrebbe più i grattacapi del personale (sorveglianza, punizioni, scioperi, ecc.), e sarebbe sicuro del risultato. L'operaio avrebbe la certezza del pagamento del salario secondo il valore professionale, al corso di mercato del lavoro. Il socialista DILIGENT, *Les orientations syndicales*, p. 248 (Paris, 1910), ha fatto piena adesione a questo progetto.

³⁾ Il più curioso è che secondo il CLARK, *Principes d'Ec.*, cit. (1911), p. 108, sarebbe questa già oggi la mansione dell'imprenditore, a cui non spetterebbe la facoltà di direzione e sorveglianza del lavoro (?), ma solo l'acquisto da capitalista e operaio della quota parte della produzione loro spettante, e la vendita del prodotto. Sarebbe solo un funzionario puramente commerciale. In senso contrario cfr. però BOURGUIN, *De l'applicat. des lois ouvrières aux ouv. et empl. de l'Etat* (1902), p. 19.

⁴⁾ Cfr. PANTALEONI, *Scritti vari*, II, p. 259. È argomento su cui torneremo brevemente altrove (nel volume secondo).

⁵⁾ Con questo progetto del GUYOT ha nulla a che vedere il « cottimo collettivo » (cfr. sopra, n. 283), benchè in un certo senso abbia ragione il G. di affermare che l'idea sua non è che la generalizzazione del subappalto. — A quanto pare una parziale realizzazione si ha già nell'*Artel* russo: associazione di operai, indipendente, che riceve da un industriale la materia prima, e l'elabora contro mercede a cottimo (LORIA, *Movim. operaio*, p. 262-263). Anche qui però non è che un'incompleta attuazione!

⁶⁾ Così come in Grecia la mano d'opera era fornita e amministrata dal proprietario degli schiavi. CAVIGNAC, *Revue des deux mondes*, 1 sett. 1910.

da lui (e questo pazienza). Il che vuol dire che si vorrebbe creare artificialmente, violentemente un'autonomia ai lavoratori su cui non ricadrebbe che in minima parte l'organizzazione del lavoro. Insomma come il fornitore della materia prima vi provvede da sè, così il lavoro sarebbe fornito e attuato indipendentemente da un'ingerenza dell'industriale ¹⁾; si acquisterebbe in blocco e all'ingrosso il lavoro così come la materia prima. Invece le cooperative di lavoro producono con mezzi propri, e richiedono perciò più forti capitali della società anonima del Guyot, a cui basterebbe un debole capitale ²⁾. Ora, io non mi so capacitare come l'industriale potrà ritenersi affatto estraneo al lavoro che si compie in casa sua, e con istromenti e la roba sua. E se si lavora male, ha pure un diritto di controllo; ma si rivolgerà alla società, non agli operai. E quali criteri prevarranno in tal caso? Se l'industriale sopporta i rischi della produzione pretenderà che il lavoro avvenga a modo suo, e coi suoi criteri tecnici ³⁾. Potrà quindi rivolgersi al direttore tecnico nominato dagli operai in seno alla società anonima perchè i suoi ordini siano attuati. E allora dove se ne va la pretesa autonomia dei lavoratori? Perchè in sostanza non credo che sarà gran che la differenza tra la subordinazione a un direttore nominato dall'industriale, o a un direttore nominato da essi, ma sottoposto in realtà ai criteri direttivi dell'industriale! ⁴⁾.

¹⁾ GUYOT, op. cit., p. 257, sg.

²⁾ GUYOT, op. cit., p. 283.

³⁾ Tutto ciò dovrebbe ammettere il G., il quale (p. 393) menzione tra gli obblighi dell'industriale anche l'accertamento che la trasformazione dei prodotti avvenga nelle migliori condizioni. Secondo il G. esser padrone in casa propria equivale a non avere ostacoli e difficoltà, e a ciò provvederebbe appunto la commercializzazione del lavoro, che sottrae l'industriale alla dipendenza dagli operai. E quest'ultima osservazione è troppo spesso vera; ma non toglie che la direzione debba in ogni caso spettare all'industriale.

⁴⁾ Questa assunzione in impresa di un dato lavoro che faccia parte di un'azienda è possibile solo se non presuppone speciali abilità tecniche, o, meglio ancora, se può farsi fuori dello stabilimento: ho già ricordato il servizio assunto dagli accenditori, che prima erano dipendenti dalla *Union des gaz* in Milano. Si è cioè costituita una cooperativa degli accenditori di gas, che ha assunto in appalto il servizio di manutenzione, accensione e spegnimento delle pubbliche lampade. La conseguenza è che il rischio grava sui lavoratori, non più, come un tempo, sull'*Union des gaz*. Perciò, siccome è la cooperativa che risponde dei danni eventuali arrecati ai fanali, che deve riparare a proprie spese, ha tutto l'interesse che nessun danno sia arrecato, o da passanti, o dagli operai dipendenti dall'*Union* ed eventualmente scioperanti. Ecco un ottimo risultato di questa trasformazione di un servizio prima dipendente in servizio autonomo! Ad ogni modo per questa impresa non necessitano, ripeto, speciali cognizioni tecniche nè forti capitali (in tempi di tranquillità normale): la commercializzazione quindi si può capire. Tutto ciò si può indurre, del resto, anche dagli esempi addotti dal G. (p. 323, sg.): scarico di buoi, pesatura e trasporto di merci, taglio di pietre, spianatura di pavimenti, ecc.

Questa società, si dice ¹⁾, eliminerà gli scioperi per aumenti di mercedi: ma chi impedirà la formazione di un gruppo di dissidenti entro la società o magari la ribellione di tutta la società ai patti contrattuali ritenuti insufficienti? E poi: la responsabilità di questa società a che si ridurrà, se basta un capitale irrisorio?

In conclusione, la commercializzazione del lavoro non elimina, ma complica assai gli inconvenienti a cui è soggetto il contratto di lavoro, data l'attuale fundamentalissima distinzione tra lavoro subordinato e autonomo.

§ 2. — *Lavoro a tempo e lavoro a cottimo.*

SOMMARIO. — 234. Concetto della distinzione. La portata del « cottimo ». — 235. La misurazione del lavoro e l'approssimazione propria della retribuzione del lavoro in generale. Elementi comuni. — 236. Cautele varie per limitare i danni di questa approssimazione. — 237. La vecchia questione se sia preferibile il lavoro a cottimo o il lavoro a tempo. — 238. Importanza della distinzione. La teoria del Lotmar. — 239. Una pretesa identificazione di questa distinzione con quella precedente. Il cottimo può anche radicarsi nel lavoro subordinato. — 240. Il rischio del lavoro nel cottimo. — 241. Se sia ammissibile il lavoro autonomo a tempo. — 242. Il tasso della mercede nelle due forme di lavoro. — 243. Determinatezza o indeterminatezza; divisibilità e indivisibilità; cottimo *à forfait* e a misura. — 244. Parziale sostituibilità del lavoratore a cottimo. In specie il cottimo collettivo; le sue due fondamentali classificazioni. In specie il cottimo collettivo autonomo (*marchandage*, e *sweating*). Struttura giuridica. — 245. L'organizzazione interna del cottimo collettivo. Sua unità, e struttura giuridica. — 246. Formazione e norme fondamentali di questa interna organizzazione.

234. Ci si offre qui al nostro esame un'altra importante, benché meno fondamentale, classificazione, imperniata sul rapporto tra le due prestazioni nel contratto di lavoro. Sappiamo che la mercede è in funzione di equivalenza rispetto al lavoro prestato o da prestare ²⁾. Ma questo riferimento può essere determinato in due modi fondamentali. Può la mercede essere calcolata in proporzione del risultato conseguito col lavoro. Può invece esser calcolata in proporzione del tempo impiegato per attuare la prestazione di lavoro ³⁾; e in quest'ultimo caso il risultato non rientra come elemento di calcolo. Nel primo caso la mercede è determinata a « cottimo »; nel secondo è determinata « a tempo ». E data la reazione che questo diverso computo ha sulla

¹⁾ GUYOT, op. cit., p. 278.

²⁾ Cfr. sopra, p. 110.

³⁾ Art. 39 Reg. di fabbrica della Società degli alti forni, ecc. di Terni: « Le mercedi vengono calcolate in base alle ore di presenza ed al lavoro compiuto, a seconda che il lavoro sia a giornata o a cottimo ».

disciplina del rapporto, invece che di mercede a tempo, o, anche più esattamente, di mercede corrispondente al lavoro prestato per un determinato tempo ¹⁾, si può quindi discorrere di lavoro prestato a tempo, cioè con mercede a tempo ²⁾ e lavoro a cottimo, cioè con mercede a cottimo.

Debbo subito avvertire che abbiamo qui una distinzione che esaurisce tutto quanto il territorio del contrattor di lavoro. E infatti razionalmente non si potrebbe concepire una terza forma di mercede: si potranno dare delle combinazioni varie delle due forme, ma non, ad ogni modo, un terzo tipo autonomo e semplice ³⁾. Può essere che in qualche caso il dubbio possa sorgere sul carattere della mercede; per es., il dubbio è nato a proposito delle mancie e delle gratificazioni; ma noi sappiamo che queste non sono appendice della mercede: esse escono dal concetto tecnico di mercede o salario come diritto contrattuale. A ogni modo, prescindendo da ciò, credo vi sia qui nello sfondo l'idea madre sia del cottimo come della mercede a tempo, in quanto tanto il risultato (del servizio, del lavoro precedente) che il tempo contribuiscono a determinare l'ammontare di quelle forme di compenso ⁴⁾.

Il Rümelin veramente ⁵⁾ nega che sia questa una distinzione esauriente, come invece il Lotmar, giustamente, ha ritenuto ⁶⁾: secondo il Rümelin vi è anche l'«atto», come terzo criterio determinante della mercede accanto al tempo e al risultato di lavoro; un criterio indipendente da questi ultimi due: se io do cento a Tizio perchè all'arrivo di un principe gridi: evviva!, dov'è il risultato, dove il tempo? Ma io ritengo che questo atto implichi anche un risultato; infatti in quell'azione vi è a) un'attività nervosa; b) un'emissione di onde sonore. Questa emissione è appunto il risultato da me voluto, diversa-

¹⁾ LOTMAR, op. cit., II, p. 8. È un'abbreviatura comune, questa della «mercede a tempo», che non richiedeva forse la minuta giustificazione che ne dà il LOTMAR.

²⁾ Talora il contratto di lavoro a tempo è chiamato «Contratto a salario». Es. REDENTI, nel suo *Massim.*, n. 374. Cfr. pure ivi per la differenza tra lavoro a tempo e a cottimo.

³⁾ Il CHessa (*Rivista ita'. di sociol.*, 1911, p. 65) ritiene fondamentale la differenza tra lavoro a giornata e lavoro a domicilio: ma probabilmente per lavoro a giornata intende lavoro subordinato, e presso il creditore del lavoro. E neppure può concepirsi (come fu ritenuto) il sistema dei premi come terzo sistema, perchè, come s'è visto (p. 194), non è se non una applicazione del cottimo. Cfr. BORGATTA, in *Rivista società commerciali*, giugno, 1912.

⁴⁾ Anche qui, come per i premi, influisce l'apprezzamento del risultato del lavoro, in ordine allo scopo che il creditore del lavoro si propone (prosperità dell'azienda, ecc.). Cfr. LOTMAR, op. cit., II, p. 43-44, e 761 sg.

⁵⁾ Op. cit., p. 55.

⁶⁾ Op. cit., I, p. 339.

mente non sarebbe risultato anche il concerto dato da un cantante! Nè io credo che questa sia, come sospetta il Rümelin, una concezione ⁴⁾ che si stacca dal concetto della vita comune. Del resto già sopra abbiamo constatato questo più ampio modo di intendere il « risultato » del lavoro. Perciò non è il caso di concepire, come fa il Rümelin, solo negativamente il cottimo: ogni mercede che non è a tempo. No: vi è anche il criterio positivo: ogni mercede che si riferisce al risultato del lavoro; poichè l'atto non esclude quest'ultimo criterio.

Perciò dobbiamo subito ed energicamente respingere un'opinione molto diffusa in cui si rivela, in un altro senso, la tendenza ad escludere questo carattere universale della nostra distinzione, nel territorio del contratto di lavoro. Si ritiene comunemente, infatti, che il cottimo presupponga lavori prevalentemente materiali, e soprattutto compiuti personalmente dal debitore del lavoro: se ne suol parlare infatti per l'arte muraria, per certi rami dell'industria siderurgica e via dicendo, come se fosse limitato a esempi di questo genere ²⁾. È questo un errore molto comune, che potrebbe non esser tale se sussistesse un vocabolo che esprimesse la stessa cosa che il cottimo, e fosse di più ampia comprensione. Ma questo non è: dobbiamo dunque, per forza, adoperare questa parola « cottimo », forzandone i limiti oltre quelli che la pratica comune consente.

E infatti il cottimista, nel senso ampio qui accolto, è l'appaltatore di lavori pubblici o di una grandiosa costruzione privata ³⁾; l'avvocato o il medico nei rapporti col cliente ⁴⁾; il cantante che pattuisce un onorario per un concerto o una rappresentazione, ecc. In tutti questi casi, così come in quello più comunemente contemplato ⁵⁾ del lavoro industriale o manuale, la mercede non è collegata puramente alla durata della prestazione, ma al suo risultato. In tutti questi casi abbiamo una mercede collegata al criterio positivo del risultato del

¹⁾ Cfr. sopra, n. 209.

²⁾ Così App. Brescia, 27 agosto 1913, *Rivista crit.*, 1913, 304: il cottimista è un semplice operaio alla dipendenza del committente. Cfr. pure Proiv. Edil. Torino, 14 aprile 1905, in *Massim.* del REDENTI, n. 38.

³⁾ Invece si differenzia bene spesso cottimo da appalto. E può essere esatto. Ma chi lo fa limita il cottimo al lavoro manuale, che non è per lo più autonomo (è locazione di opere), e così finisce col fondere il cottimo colla locazione di opere, distinguendolo quindi dall'appalto. Cfr. in questo senso App. Brescia, cit.

⁴⁾ Non escludo che per questi casi si dia anche il lavoro a tempo: così quando si tratta di lavoro liberale non autonomo (medico o avvocato dipendenti stabilmente da una opera pia, da un ospedale, da una ditta, ecc.). E talora anche pel lavoro autonomo (professione libera) l'onorario può, almeno in apparenza, dipendere strettamente anche dalla durata della prestazione. Cfr. però appr. n. 241.

⁵⁾ Così il BERNHARD, *Die Akkordarbeit in Deutschland*, 1903, che pure, ricapitolando il concetto giuridico del lavoro a cottimo, ne accenna, così come ha fatto pure il LOTMAR, la ampiezza del riferimento. Cfr. appresso.

lavoro, e a quello negativo dell'indipendenza sua dalla durata del lavoro. Abbiamo, cioè, il lavoro a cottimo: io non so trovare un'altra espressione che riproduca questo concetto senza incappare nell'usuale riferimento limitato al lavoro manuale e personale; non so quindi perchè se ne dovrebbe far a meno.

Forse è anche per questo che nella letteratura giuridica non fu scorta tutta l'importanza di questa distinzione, che nei trattatisti italiani e francesi non è quasi neppur menzionata. E lo stesso è per la letteratura tedesca ¹⁾. Non è, si può dire, che il Lotmar che abbia dato un impulso vigoroso, forse anche esuberante, a questa distinzione: perciò, dato anche il rifiorire, tra i giuristi, dello studio delle opere degli economisti, che questa distinzione già da tempo hanno fatto oggetto delle loro indagini, fa tanto più meraviglia l'asserzione del Perreau ²⁾ che questa distinzione non ha importanza alcuna, e la poca importanza che vi riconnette l'Abello ³⁾.

235. Quando, in un caso concreto, sussista contratto di lavoro a tempo, quando contratto di lavoro a cottimo è naturalmente importante a determinarsi, data la fondamentale differenza tra queste due forme di contratto. Come si capisce la fonte prima è vera che può chiarire quando vi sia lavoro a tempo, quando lavoro a cottimo è sempre la stipulazione contrattuale. Per lo più le parti avranno, a voce o per iscritto, designato, con espressioni acconcie, a quale delle due forme abbiano inteso riferirsi: ad es., collo stabilire una tariffa a cottimo o a tempo (come è enunciato per lo più esplicitamente nei regolamenti di fabbrica). Nel dubbio può soccorrere anche la natura del lavoro, non suscettibile per sè di una delle due forme, in ispecie di quella a tempo (es. il lavoro del barbiere). Del resto è la legge che talora si incarica di determinare il tipo del contratto di lavoro: ad es. per la commissione (la provvigione, sappiamo, è una forma di cottimo). Nel dubbio varranno gli usi locali (anche della sola impresa a cui il lavoratore in questione è addetto).

Questa distinzione si impernia sul rapporto tra le due controprestazioni del contratto di lavoro: sappiamo già che secondo il Lotmar, per me a torto, è solo qui che può fondarsi la classificazione fondamentale del contratto di lavoro ⁴⁾.

¹⁾ Vedine la dimostrazione in BERNHARD, op. cit., p. 204 sg. Cfr. pure PERREAU, *Contr. de trav.*, p. 103.

²⁾ Cfr. *Bullet. de la Société des études législatives*, 1906, p. 78.

³⁾ Tutto il II vol. del suo trattato è diviso tra il lavoro a tempo e il lavoro a cottimo. Questo scrittore (op. cit., III, p. 88) fa coincidere il cottimo coll'appalto *à forfait*, in confronto all'appalto a misura. E non si preoccupa dei problemi cui questo argomento nei suoi nessi colla locazione d'opere da luogo. Cfr. infatti appr., num. 239.

⁴⁾ Op. cit., II, p. 330.

L'osservazione più importante è, qui, che non abbiamo che due diverse maniere di calcolare la proporzionalità (soggettiva, come sappiamo) della mercede al lavoro, cioè la remunerazione del lavoro, del dispendio di energie che il lavoratore mette in opera. Ma come procedere, con esattezza assoluta, a questo calcolo? La cosiddetta questione sociale, per chi ben guardi, sta tutta qui. Perchè, infatti, il modo perfettissimo di calcolo, pur troppo, non sussiste. Non si è ancora trovato il modo di misurare il lavoro umano con quell'esattezza con cui si misura il lavoro chimico o il meccanico. Si è, veramente, tentato di applicare al lavoro umano la misurazione con criteri propri della chimica (biologica) e della meccanica. In questo senso, constatando che il lavoro determina la formazione di calorie¹⁾, si è cercato di determinare queste calorie; oppure si sono applicati alla biologia esperimenti e metodi della meccanica. Si è tentato di misurare l'intensità dello sforzo sulla base di chilogrammetri²⁾. Oppure si è ricorso al criterio chimico consistente nel determinare la quantità di energie argomentando dal consumo degli alimenti ingeriti dal lavoratore nelle 24 ore³⁾; o al criterio meccanico consistente nel determinare l'intensità del lavoro secondo il rapporto tra la quantità di prodotto e il tempo impiegato a produrlo⁴⁾.

Ma anzitutto l'esattezza di questi criteri è ancor essa, trattandosi di lavoro umano, molto relativa; i biologi arrivano solo a darsi delle

¹⁾ La quantità di calorie per elevare da 0 a 1° centigr. un chilogramma d'acqua. Anche il SACHS (Grundzüge einer Mechanik der Gesellschaft, 1881, p. 18) proponeva l'unità di misura del lavoro data dalla caloria (che chiama opera): quindi 1, 3, 10, opere, come misura di una data prestazione di lavoro.

²⁾ Unità di lavoro meccanico necessario per sollevare un chilogr. a un metro.

³⁾ È la trasformazione degli alimenti in energie chimiche. Dati, cioè, gli alimenti, coll'aiuto della teoria meccanica del calore si può trovare quante energie si sviluppano da questi alimenti. Da ciò, ad ogni modo, risulta l'importanza della statistica dei consumi (cfr. il *Bollettino dell'uff. del lavoro*) per la determinazione del salario reale, in ordine anche al miglior sviluppo di energie, presupponente la migliore possibile alimentazione. Cfr. LIESSE, *Le travail*, p. 22 sg.

⁴⁾ Così, l'intensità è doppia se vi ha un uguale prodotto in metà tempo. Cfr. VON BUCH, *Intensität der Arbeit*. Il VON BUCH considera come unità di misura il grado massimo di intensità di lavoro ottenuto in queste due circostanze: che il lavoratore abbia ricevuto tutto il prodotto del suo lavoro, e che abbia lavorato otto ore (che secondo il VON BUCH sarebbero il limite che permette il massimo rendimento possibile). In questa formula l'intensità del lavoro appare come indipendente dalla prestazione di lavoro. Evidentemente il concetto del VON BUCH è che l'intensità è tanto maggiore quanto maggiore è l'alimentazione del lavoratore e minore il tempo di lavoro. Ma è anche evidente che quell'ipotesi di restituzione all'operaio di tutto il prodotto del suo lavoro è oggi, col regime capitalistico, assurda (cfr. LEXIS, nei *Jahrbücher* di SCHMOLLER, XXXIII, p. 917). E infatti il VON BUCH parte dal concetto Marxiano per cui la sostanza del valore è data dal lavoro.

medie. Quindi siamo ben lontani dalla misurazione specifica del lavoro determinato di una determinata persona. Ciò tanto più quando si pensi che nel lavoro umano vi sono elementi psichici di cui difficilmente quei criteri possono tener conto. Inoltre, la misurazione, anche prescindendo da ciò, è così complessa e lenta, coll'applicazione di quelle formole, da non rispondere assolutamente al bisogno pratico della mercede ¹⁾, ma, tutt'al più, alle necessità di un laboratorio scientifico.

Ciò spiega come ad altri criteri sia rimasta fedele la pratica ²⁾. Si è dovuto seguire, in fondo, il medesimo sistema di induzione a cui, a guardar bene, sono ispirati i criteri che qui ho ricordato, una induzione che apparentemente par più lontana, benchè in realtà sia tale da condurre a risultati assai più sicuri e solleciti. Si è, cioè, ricorso, come si è visto, al calcolo o della quantità di lavoro ordinariamente necessaria per giungere a un dato risultato; oppure della quantità di lavoro ordinariamente compiuta in una data unità di tempo. È una misurazione assolutamente esatta? No certo, neppur questa.

È infatti innegabile l'approssimazione che è implicita in quei due modi di valutazione. Maggiore, certo, per il primo, cioè per il cottimo, in quanto si prescinde qui dalla quantità effettiva di lavoro speso, per prendere in considerazione solo la quantità di lavoro che, a quanto si rileva dal tempo ordinariamente necessario a ottenere quel risultato ³⁾, normalmente si spende per il risultato previsto; vi è un'alea a carico del lavoratore, come a carico dell'altra parte, secondo che il lavoro effettivo sia più o meno del lavoro normale. L'alea (il carattere quindi di *forfait* da questo punto di vista sempre riconnesso alla mercede) è pure evidente quanto alla mercede a tempo ⁴⁾: qui

¹⁾ Sono studi ad ogni modo molto interessanti per altri lati; ad es. per gli scopi igienici quanto all'alimentazione del lavoratore (anche dal punto di vista del creditore del lavoro: cfr. sopra, p. 130). E inoltre, il criterio del VON BUCH ci conduce a vedere come, diminuendo le ore di lavoro in certi stabilimenti in cui ciò nonostante rimaneva inalterata la produzione, per conseguenza era aumentata l'intensità del lavoro. Cfr. inoltre sopra, p. 444.

²⁾ Cfr. BERNHARD, *Die Akkordarbeit* (1903), p. 210.

³⁾ Si intende che nel calcolo del cottimo, sia lavoro autonomo come subordinato, possono anche entrare criteri differenti; il prezzo della materia prima somministrata dal lavoratore, il nolo e deperimento degli stromenti di lavoro, l'interesse del capitale, il trasporto della merce lavorata (su questo caso cfr. Probiv. Edil. Milano, 22 maggio 1901, *Massim.* del REDENTI, n. 209), ecc. Abbiamo però qui non più il prezzo del lavoro, ma il rimborso delle spese. Di quello solo si tien conto, quando si discorra della remunerazione come prezzo del lavoro (guadagno del lavoratore). Per l'art. 13 cap. ult. Regolamento inf. sul lavoro « nei lavori eseguiti a cottimo intendosi per guadagno il prezzo del cottimo, depurato dalle spese fatte a proprio carico dal cottimista ».

⁴⁾ Contro la definizione del salario come remunerazione à *forfait* del lavoro per

pure, infatti, il calcolo si fonda sulla determinazione della quantità di lavoro quale i risultati ottenuti indicano che è stata compiuta in una data unità di tempo dall'uomo normale quanto a zelo e resistenza. Ora è evidente che il lavoro effettivamente compiuto da un dato lavoratore può essere minore, come (caso assai meno verosimile) può essere maggiore di quella misura normale; colla conseguenza di un'alea a carico del creditore del lavoro o del lavoratore, a seconda dei due casi, perchè (come nell'ipotesi precedente) la misura della mercede rimane invariata sulla base di quella misura normale ¹⁾. Questa approssimazione è in realtà, nei due sistemi, un danno ²⁾; è il perno centrale intorno a cui si riannoda una gran parte delle controversie del lavoro: è una caratteristica quindi importantissima, e che doveva essere subito rilevata ³⁾.

Ricorderò a questo punto come in un altro senso sia riconosciuta alla mercede la qualità aleatoria, o di retribuzione *à forfait*: in quanto, cioè, sia una anticipazione connessa dall'industriale sulla futura realizzazione del prodotto, che il lavoratore non si sente di attendere ⁴⁾. Ma questo punto di vista non ci interessa qui.

Da quanto s'è detto risulta come la base dell'approssimazione, nelle due ipotesi, risulti da un divario possibile tra una misura astratta di lavoro calcolata sulla normalità dei casi, e la quantità effettiva e concreta di lavoro speso: la necessità assoluta di questa misura astratta è data dal bisogno della semplificazione e della sollecitudine nel determinare il computo della mercede. E risulta pure un'altra cosa di cui si deve tener conto: e cioè una compenetrazione dei due criteri che si fondono e si integrano a vicenda più assai che non si creda ⁵⁾.

altri cfr. FOURNIÈRE, *Ouvriers et patrons*, p. 156. È invece accolta dal GODART, nella rivista del PIC, *Quest. prat.*, ecc., 1911, p. 1.

¹⁾ Cfr. LOTMAR, op. cit., II, p. 41. Ciò entro certi limiti, quanto alla mercede a tempo, in cui quindi la invariabilità è meno rigida che nel cottimo. Infatti vi è nel lavoro a tempo corrispondente alla locazione di opere un minimo di rendimento che il creditore del lavoro esige, e mancando il quale o cessa il rapporto (recesso unilaterale), o, talora, può esser ridotta la mercede, se ciò (caso non frequente) fu pattuito.

²⁾ L'ideale è che la mercede corrisponda esattamente al lavoro (SCHAFFLE, in *Bibl. Econ.*, III, 5.º, 576). Ricordo ancora che questa proporzionalità è un fatto soggettivo. Si tratta, cioè, di trovare quel modo di computar la mercede che rappresenti agli occhi del lavoratore e dell'industriale il più esatto equivalente del lavoro. Questo, e nulla più, si intende esprimere quando si indaga quale delle due forme rappresenti l'ideale.

³⁾ Ha nulla a che vedere con questo carattere aleatorio per ambo le parti della mercede, il fatto che il rischio del lavoro (es., se l'effetto utile del lavoro è nullo per vizio della materia prima fornita dal creditore del lavoro) sia a carico di quest'ultimo.

⁴⁾ Cfr. sopra, p. 69, sg.; 80, sg.

⁵⁾ A questo intende forse alludere il DALLA VOLTA, *Forme del salario*, p. 80,

Infatti nella determinazione del criterio-base astratto per il cottimo vi ha la considerazione della quantità di lavoro che occorre per il tempo normalmente necessario al compimento del lavoro; nella determinazione del criterio-base per la mercede a tempo si assume, come punto di partenza, la considerazione del risultato che si può ordinariamente ottenere in un tempo eguale ¹⁾. Risultato e durata di lavoro sono due elementi indissociabili: il risultato presuppone una quantità di attività prolungata per un certo tempo ²⁾; questa attività non si può intendere se non in quanto mira a un risultato ³⁾.

Ad ogni modo questa compenetrazione, verissima, non toglie che nell'uno o nell'altro caso il fulcro sia dato dall'uno o dall'altro elemento, divenuto quindi un elemento essenziale pel computo ⁴⁾, mentre normalmente l'altro elemento che non è elemento essenziale, non esce dalla cerchia individuale, soggettiva del contraente che ne ha fatto un punto d'appoggio, un criterio orientatore tutto suo nella valutazione della mercede rispetto all'altro fondamentale elemento. Se il cottimista impiegherà più tempo del previsto non potrà prevalersene per un aumento della mercede concordata, come non

quando conclude, in modo apparentemente paradossale, che le due forme di salario « sono adunque virtualmente fondate sopra una misura comune di retribuzione ».

¹⁾ Qualche cosa di simile ha detto anche lo STADTHAGEN, *Arbeiterrecht*, p. 121, che trova una differenza solo apparente tra le due forme.

²⁾ In un certo senso si può dire che il salario è pagato non tanto in ragione dell'energia spesa, quanto dell'utilità ricavata dal lavoro. Cfr. RYAN, *Salaire et droit à l'existence*, p. 227-228. Il risultato è preso in considerazione, nel lavoro a tempo, non solo per il calcolo della mercede; ma, ad es., per determinare la natura e il grado di abilità tecnica da richiedersi nel lavoratore; o l'opportunità di licenziare il lavoratore di cui si preveda che non raggiungerà il risultato cui il lavoro mira. Cfr. in genere su ciò il LOTMAR, cit. II, p. 79. In tutti questi casi il risultato non rientra come elemento integrante del rapporto contrattuale, ma è un motivo che può talora reagire, come è nei casi ora indicati, e come non è, invece, quanto all'ammontare della mercede a tempo.

³⁾ Il concetto del tempo di lavoro viene necessariamente a galla per il calcolo del salario base (per la legge infortuni sul lavoro) quando la mercede sia a cottimo. Cfr. AGNELLI, *Trattato*, p. 289. Bisogna tener conto della somma dei guadagni a cottimo (depurati dalle spese, cfr. sopra, p. 711, nota 3) e del numero dei giorni di lavoro effettivo. Art. 12, testo unico. L'art. 98, *Regol.*, fissa il periodo di 15 giorni per questo computo: salvo sempre il minimo salario a tempo percepito normalmente dagli operai della medesima categoria.

⁴⁾ Il lavoratore che discute sul prezzo a cottimo tra sè e sè farà il calcolo approssimativo (cioè per quanto normalmente può avvenire a lui) del tempo di lavoro che gli toccherà spendere e del guadagno che quindi in questo periodo di tempo potrà fare; d'altra parte l'industriale che forma l'ammontare della mercede a tempo calcolerà il risultato utile di lavoro che nel dato tempo a cui la mercede è riferita il lavoratore potrà produrre. La mercede varierà quindi secondo il probabile rendimento dato dall'età, dal sesso, dal possesso di diplomi, dalla pratica (anzianità), ecc.

potrà pretendere una diminuzione l'altra parte se il cottimista impiegasse minor tempo. E lo stesso è vero per la mercede a tempo: se un operaio lavora con un eccezionale rendimento non ha diritto a un premio o aumento comunque della mercede¹⁾. Per lo più però questo aumento, in forma di premio²⁾, è concordato tra le parti per tal caso, per stimolare un possibile aumento di rendimento. E le manifestazioni di questa compenetrazione non stanno qui solamente. Quanto al lavoro a tempo è certo che la quantità di lavoro (quindi di risultati) si affaccia come minimo alla mente del creditore del lavoro, come massimo per il lavoratore. Questi pretenderà di non varcare questo massimo; quello esigerà almeno un minimo di rendimento, non ottenendo il quale la mercede sarà dovuta interamente, ma si affretterà a rompere, più presto che potrà, il rapporto giuridico col lavoratore, diversamente il raggiungimento dello scopo che si propone gli sarà reso impossibile, od oltremodo gravoso³⁾.

236. Questa approssimazione però quanto al cottimo è normalmente a rischio del lavoratore; quanto al lavoro a tempo a rischio dell'altra parte⁴⁾: vedremo infatti che nel primo vi è l'accollo di una parte del rischio del lavoro al lavoratore, ragione per cui da alcuni fu confuso senz'altro colla locazione d'opera. L'industriale, col cottimo, sa qual'è l'onere effettivo (di mercede) che rispetto a un dato risultato gli spetterà; non lo sa invece colla mercede a tempo; perciò il cottimo suol chiamarsi anche contratto di lavoro « a prezzo fatto » (art. 1646).

A questa constatazione si ricollegano soprattutto due conseguenze. Anzitutto la più energica bilateralità, quanto al consenso, del contratto di lavoro a cottimo; e questo soprattutto per ciò che riguarda l'ammontare della mercede a cottimo. Bilateralità sussiste indubbiamente anche quanto alla mercede a tempo; ma questa costituisce un rischio, come s'è visto, soprattutto per l'industriale, e (salvo le differenze di categoria, a cui corrisponde differenza di mercede) si può considerare come invariabile, salvo che l'industriale, in seguito a un calcolo che egli faccia del proprio rischio, e cioè del rendimento del lavoro datogli, inferiore a quello in base al quale aveva stipulato il contratto, non preferisca scioglierlo (se a tempo non determinato), per rinnovarlo con una minor mercede (o con maggiore, se la situazione sia opposta). Non è così invece per il cottimo. Qui anzitutto il maggior rischio a carico del lavoratore esige un intervento adesivo di questo ultimo, alla determinazione del suo ammontare, più energico e chiaro che per la mercede a tempo. E poi, soprattutto, le basi su cui riposa

¹⁾ LOTMAR, cit., II, p. 11, sg.

²⁾ Cfr. appresso. Su ciò anche sopra, p. 195.

³⁾ Cfr. su ciò SCHLOSS-BERNHARD, *Handbuch der Lohnungsmethoden* (1906), p. 5 sg.

⁴⁾ Cfr. CORNÉLISSSEN, *Théorie du salaire*, p. 47.

la determinazione del prezzo a cottimo sono eminentemente variabili, più assai che non lo siano quelle per la determinazione della mercede a tempo. Infatti determinare il tasso della mercede a cottimo vuol dire calcolare il più esattamente che è possibile i rischi che possono gravare il lavoratore, allo scopo di prevedere colla maggior possibile approssimazione al vero la quantità effettiva di lavoro che l'operaio dovrà spendere per raggiungere quel risultato sul quale solamente la mercede è promessa; questo interessa anche l'industriale, cui preme di non calcolare una mercede superiore a quella che per la medesima quantità di lavoro sarebbe pagata col criterio del tempo; ma preme anche più al lavoratore, che vuol prevedere i rischi cui si espone, e cioè il lavoro effettivo che dovrà dare utilmente. Ora: da ciò deriva anche la variabilità del prezzo a cottimo, a seconda di questi rischi, che variano secondo le circostanze e la natura della prestazione di lavoro ¹⁾. Nelle fabbriche il calcolo della mercede a cottimo è quindi per lo più fatto e proposto dall'industriale; ma occorre che l'operaio vi assenta ²⁾, ed è una determinazione per lo più limitata a un dato periodo di tempo, e per una data quantità di produzione ³⁾. Talora per l'accordo sul cottimo si esige anzi la forma scritta ⁴⁾.

La seconda conseguenza che deriva è che il contraente aggravato cerchi di tutelare più che può la propria posizione, diminuendo più che può la possibilità del rischio. Ciò è vero anche per il cottimista:

¹⁾ Cfr. più avanti quanto alla clausola *rebus sic stantibus*. Certo, mancando l'applicabilità di una clausola siffatta non vi ha dubbio che ogni modificazione del cottimo (diminuzione di mercede, o aumento di oneri) deve essere concordata tra le parti. Anche qui però può bastare il consenso del lavoratore derivante da non opposizione. Cfr. per un caso di questo genere, *Probiv. Edil. Milano*, 22 maggio 1901, *Massim.* del REDENTI, n. 209.

²⁾ A questa eminente bilateralità alludono le sentenze probivirali e i regolamenti di fabbrica che dichiarano la contrattualità del cottimo. Ad es. art. 11 Regolamento della Società Ansaldo Armstrong di Sestri Ponente. Per lo più l'adesione ai calcoli dell'industriale è data mercè non opposizione. Infatti i regolamenti di fabbrica autorizzano esplicitamente l'operaio a prendere visione direttamente di questi calcoli (es. *Soc. ital. Westinghouse di Vado Ligure*, art. 29 Reg. di fabbr., il quale autorizza pure ogni cottimista a esigere, prima di iniziare il lavoro « il documento determinante l'importo del suddetto cottimo o premio cui si riferisce il lavoro che deve cominciare »). Nel che è implicito, come si capisce, che l'operaio possa eventualmente fare opposizione. Il *Regol. della Società alti forni. ecc. di Terni* (art. 39) stabilisce che « il prezzo del lavoro a cottimo verrà fissato precedentemente ... ».

³⁾ Art. 39 cit. a nota preced. « ... e vale per un determinato periodo di tempo e per una determinata quantità di produzione ». Perdurando il medesimo contratto di lavoro si ha dunque variabilità di mercede.

⁴⁾ Così art. 11 Reg. fabbr. della *Soc. Ansaldo Armstrong e C. di Sestri Ponente*, che, appunto per la bilateralità dei cottimi, esige un documento scritto colla firma delle parti, mancando le quali il cottimo non è valido.

che cerca di limitare al minimo il rischio, eliminando ad es. quello derivante dalla materia fornitagli dal creditore del lavoro. Ma è più specialmente vero per il lavoro a tempo. Infatti di solito il cottimista prevede esattamente le difficoltà che avrà a incontrare, la penosità e la durata del lavoro; e si tratta, inoltre, di un rischio che sta in lui di superare con qualche accorgimento, con la sua abilità.

Ma il creditore del lavoro a tempo bisogna che si rimetta alla coscienza del lavoratore, sperando che questi dia quel rendimento che normalmente può essere da lui atteso. Si capisce che il buon industriale cercherà di assicurarsi della bontà d'un lavoratore mettendolo alla prova, sperimentandolo prima di stipular con lui un contratto definitivo. A ciò serve il cosiddetto « periodo di prova », il quale, si noti bene, è perfettamente concepibile anche in vista della futura stipulazione di un contratto a cottimo, riferendosi al contratto di lavoro in genere (lavoro subordinato). Il periodo di prova si caratterizza come un periodo preliminare di esperimento dall'esito del quale dipende l'assunzione definitiva del lavoratore; il rapporto, in quel periodo, è eminentemente fragile e provvisorio ¹⁾; può esser rotto senza altro obbligo di preavviso, salvo che sia stato pattuito un periodo di prova.

Ma questa cautela non basta: il lavoratore può anche smentire la propria originaria qualità di laboriosità e di zelo, sfruttando la caratteristica approssimazione che al lavoro a tempo è impressa a danno del creditore del lavoro. Ecco perchè più importanti e frequenti sono le cautele colle quali il creditore del lavoro a tempo cerca di assicurarsi la laboriosità del lavoratore, cioè il suo massimo possibile rendimento così per la quantità come per la qualità del lavoro: sia dell'attore pagato a quartali, sia dell'operaio, sia dell'impiegato ²⁾. In pratica sono varie queste cautele dirette a compensare l'irrilevanza, nella determinazione della mercede, del rendimento (per quantità e qualità) del

¹⁾ Come si esprime la Corte di Venezia, 9 luglio 1914, *Foro it.*, 1914, I, 1532, si tratta di un esperimento « allo scopo di dare assetto stabile al contratto di lavoro... ». Si noti che il periodo di prova può essere una cautela per ambedue le parti; anche per il lavoratore. Ma è argomento di cui discuteremo altrove più a lungo.

²⁾ Con ciò non escludiamo che anche l'altro contraente possa preoccuparsi di non subire a sua volta i danni di questa approssimazione. Per es. il creditore del lavoro a cottimo potrà preoccuparsi che il lavoro sia fatto, che il lavoratore attenda davvero alla prestazione. Così ad es. nel Regol. di fabbrica dello stabilimento Franco Tosi di Legnano (art. 6) è prescritto che coloro che lavorano a cottimo, in caso di assenza oltre un giorno, non giustificata, perderanno ogni diritto all'utile risultante dal lavoro assunto ecc. E viceversa il debitore del lavoro a tempo potrà rifiutarsi a una prestazione di lavoro che ecceda il limite normale che da lui, secondo il contratto gli usi l'equità, può essere preteso.

lavoro¹⁾. Abbiamo in una prima categoria le cautele dirette a influire sull'efficacia del lavoro, senza toccare la mercede. E anzitutto

a) vi è la necessità di una sorveglianza assidua, per controllare, personalmente o a mezzo di incaricati (direttori, capisquadra, ecc.), la prestazione di lavoro. Notiamo che si tratta necessariamente di direzione del lavoro: ciò appunto perchè qui non può essere questione, trattandosi di lavoro a tempo, che di lavoro subordinato (locazione d'opere). La sorveglianza concerne la durata, oppure l'intensità, o il metodo del lavoro. Si capisce che, trattandosi di lavoro subordinato, si riconnettono qui le sanzioni disciplinari (multe, soppressioni dello stipendio, e anche del lavoro; sanzioni che possono culminare nel licenziamento);

b) coll'impiego di mezzi più moderni e razionali di lavoro. È indubbio che il macchinismo tende a rendere sempre più uniforme e sicura la produzione, sia per quantità come per qualità;

c) si può anche imporre un limite minimo di rendimento, al di sotto del quale il lavoratore è congedato; oppure al disotto del quale il suo salario sarà corrispondentemente ridotto. In quest'ultimo caso abbiamo il sistema del « task wage » (espressione in traducibile)²⁾: nessun aumento di mercede con questo sistema è promesso se il rendimento supera quel limite;

d) si può eccitare lo zelo del lavoratore concedendogli un premio o supplemento alla mercede a tempo se il rendimento del lavoro supera il limite medio sul quale la mercede a tempo era stata calcolata. Questa attribuzione del premio può essere rimessa all'arbitrio del creditore del lavoro (gratificazione)³⁾; oppure essere concordata contrattualmente tra le parti. Nel primo caso per lo più si tratta di una somma determinata ad arbitrio del creditore del lavoro con nessun riferimento di proporzione esatta al di più di rendimento dato dal lavoratore, e, tutt'al più, in una determinata proporzione cogli utili ricevuti dal creditore del lavoro; su cui, come si capisce, possono aver influito non il solo maggiore eventuale rendimento del lavoro, ma anche altri fattori⁴⁾. Nel secondo caso si può dare quest'ultimo sistema di attribuzione (però non arbitraria). Ma si può riferire ma-

¹⁾ Cfr. LOTMAR, op. cit., II, p. 48 sg.

²⁾ Il BERNHARD (in SCHLOSS-BERNHARD), cit. p. 34 lo chiama « Werklohn ». È un sistema poco usato, per la scarsissima propensione che i lavoratori (e si capisce!) hanno per esso. Aggiungo che il *task wage* non si può intendere senz'altro pattuito quando sia concordato un limite minimo di rendimento: poichè, come osserva benissimo il LOTMAR, cit. II, pag. 55-56, è concetto affatto estraneo al puro lavoro a tempo. E, inoltre, altre sanzioni vi possono essere riconnesse: es. il recesso contrattuale (licenziamento).

³⁾ Cfr. sopra, p. 115 sg.

⁴⁾ Cfr. ad es. art. 54 Reg. per il personale di custodia delle opere di bonificazione, ecc. 27 maggio 1909, n. 437: « Ai guardiani che si segnalano per zelo ed

tematicamente il premio al maggior rendimento dato dal lavoratore. Qui, a differenza del primo caso (in cui si può procedere con criterio sintetico) vi è un riferimento individuale del premio al merito effettivo di ciascun lavoratore: esso (salario progressivo) è in proporzione del dappiù rispetto a cui il lavoro supera il limite di rendimento fissato, sia per qualità come per quantità (es. economia di combustibile)¹). In questo caso, come pure nel precedente caso *c*), il criterio della quantità di lavoro o del rendimento suo (del risultato insomma) si affaccia, penetrando nel rapporto e rompendo così la purezza del tipo contrattuale (lavoro a tempo)²). Nel *task wage* il carattere di cottimo si rivela solo quando il limite minimo non è raggiunto; se no rimane una pura mercede a tempo. E nello stesso modo, come s'è già visto, nella mercede progressiva si verifica un cumulo dei due sistemi: l'appendice supplementare, essendo determinata secondo il rendimento del lavoratore, è una mercede a cottimo³). Cosicché, sommando, abbiamo null'altro che una mercede a cottimo, con garanzia di un minimo di mercede determinata puramente col criterio della durata del lavoro⁴). Anche qui (nella mercede progressiva) il carattere di cottimo, dunque, si rivela solo se si verifica un di più di produzione; se il limite minimo non è sorpassato, resta la pura mercede a tempo⁵);

operosità nell'adempimento dei propri doveri possono essere accordati dal Ministero ... speciali premi o compensi ». Qui vi è un giudizio individuale e un assegno anche individuale del premio (a differenza che negli assegni collettivi): ma non, ad ogni modo, la esatta proporzione al dappiù del rendimento. Cfr. pure art. 39 Regol. offic. carte valori, 18 novembre 1909, n. 755 che fissa il limite massimo del premio speciale (L. 50).

¹) La forma progressiva qui presuppone un minimo di mercede a tempo, su cui si innesta. Ma è concepibile anche per la mercede a cottimo, come aumento progressivo (in ragione geometrica) della mercede col crescere delle unità di misura lavorate (il cottimo a misura, detto anche appalto a misura: su ciò appr.). Si capisce che ciò presuppone la preminenza della quantità sulla qualità. Non si può attuare il cottimo progressivo quando ne possa scapitare la qualità del prodotto. Cfr. SCHLOSS-BERNHARD, cit., p. 85; LOTMAR, cit., II, p. 403.

²) Come si vede si può dare un amalgama delle due forme, a differenza che per le altre due della precedente distinzione, che si elidono, RÄMELIN, cit., p. 111.

³) Cfr. sopra, nota 1.

⁴) E il medesimo risultato cui si arriva se ai cottimisti fosse promesso un minimo di mercede. Noto che in alcuni regolamenti di fabbrica ciò è espressamente escluso per i cottimisti; così nel regol. di fabbr. delle ferriere di Voltri (art. 19) e detto che se il cottimo risulta inferiore alla paga a tempo giornaliera, non è dovuta al cottimista la differenza; non è garantito dunque un limite minimo uguale alla mercede giornaliera (in questo senso Prob. edil., Milano, 3 novembre 1904, in *Massim.* del REDENTI, n. 468; e Prob. edil., Milano, 15 aprile 1903, *cod.*, n. 202). In pratica dunque bisogna differenziare il cottimo da una parte, e il sistema del premio dall'altra: per lo più, ma non necessariamente, ripeto.

⁵) In alcuni stabilimenti è espressamente pattuito nel regolamento di fabbrica,

e) si può eccitare lo zelo del lavoratore anche pattuendo un aumento progressivo della mercede a tempo, secondo i successivi periodi per cui il rapporto dura: è il sistema, molto in voga sia per il contratto di impiego, come anche per il lavoro industriale, degli aumenti di stipendio o di salario sessennali, quinquennali, ecc. Per tal modo si premia la continuità del lavoro e la sua bontà ¹⁾).

237. Dicevo che è a questa approssimazione che si riconnettono talune tra le più ardenti controversie che si riannodano alle due forme di contratto di lavoro. È noto, infatti, il vecchio tema della preferenza del lavoro a tempo o del lavoro a cottimo ²⁾). Ora se noi dovessimo dedurre astrattamente la soluzione della controversia dall'astratto confronto delle due forme dal punto di vista del grado di approssimazione tra lavoro e mercede dovremmo logicamente dare la preferenza al cottimo. Qui infatti l'approssimazione è assai minore: se la mercede è proporzionata alla durata del lavoro, l'approssimazione è assai minore quando vi è cottimo, imperocchè, come s'è visto, mentre è assai elastica (ai danni dell'industriale se l'operaio è negligente, dell'operaio se l'industriale è troppo esigente) la quantità effettiva di lavoro data in un periodo determinato di tempo, invece è quasi sempre esattamente determinabile la quantità di lavoro data per un determinato risultato: quasi sempre, perchè in pratica il cottimo attecchisce solo dove i rischi del lavoro a carico del lavoratore non siano gran cosa ³⁾). Se l'unico criterio decisivo qui dovesse essere

che gli operai debbono lavorare a cottimo o a premio: ciò esclude il puro lavoro a tempo, così com'è incompatibile colle esigenze dell'industriale. Si intende che il premio è pur sempre, in realtà, una forma di cottimo innestata sulla mercede a tempo.

¹⁾ Cfr. LOTMAR, cit. II, p. 398. Veramente questi aumenti di mercede, che vanno fino a un limite massimo, premiano specialmente la costanza, la fedeltà del lavoratore. Ma premiano anche l'aumento di esperienza, e quindi di capacità, a cui non può non riconnettersi il miglior rendimento del lavoro. Questo in via normale, e ove gli aumenti rispondano veramente a un'indagine caso per caso di questo effettivo miglior rendimento.

²⁾ Non mi occupo di questo problema, se non per quel tanto che concerne la sua concatenazione con quanto s'è visto sull'approssimazione alla corrispondenza tra lavoro e mercede nelle due forme di contratto di lavoro. Per ulteriori particolari cfr. le opere dello SCHLOSS (SCHLOSS-BERNHARD, op. cit., pag. 41 seg.); LEROY-BEAULIEU, *Traité*, cit., II, 237 seg.; DALLA VOLTA, *Le forme del salario*, cit., p. 85 seg., e tutti i trattati e manuali di economia politica.

³⁾ E vi è una certa uniformità nella produzione. CORNÉLISSEN, *Th. du salaire*, p. 55. Ma questa conclusione pare contraddetta dalle risultanze di una statistica fatta a Berlino su 1000 concordati di tariffe, da cui parrebbe che ivi il cottimo sia preferito nelle industrie in cui l'abilità personale dell'operaio ha una parte predominante. Cfr. il *Reichsarbeitsblatt*, 1904, p. 120, sg. Mi limito qui ad accennare a questo: che vi si è voluto riconnettere la direzione del lavoro a cottimo spettante all'operaio. Ma la conclusione mi pare affrettata, certo è solo questo:

quello della proporzionalità, è certo che il cottimo dovrebbe essere preferito ¹⁾. E si noti: proporzionalità in ogni senso, non solo per la quantità, ma per la qualità del lavoro; i più abili lavoreranno meglio, quindi più rapidamente, e maggiore sarà per essi il guadagno ²⁾. L'unica difficoltà, teoricamente, proviene pel cottimo dal maggior rischio di lavoro accollato qui al lavoratore: vedremo ³⁾ che perciò appunto il cottimo (quando vi sia subordinazione tecnica) costituisce l'ala estrema della locazione d'opere, verso la locazione d'opera. Il cottimo, come lavoro subordinato, presuppone praticamente ⁴⁾ che questo rischio sia minimo così da permettere sempre una mercede normale; non solo, ma che sia uguale per tutti i lavoratori cottimisti di una data categoria, perchè non sorgano disparità di trattamento tra essi, dovute non già al merito dei singoli lavoratori, ma puramente al caso ⁵⁾. Il vantaggio del cottimo, appunto data la ragione che lo giustifica, sussiste sia per l'imprenditore, a cui è garantito il massimo rendimento del lavoro ⁶⁾, sia per l'operaio, cui è dato, come s'è visto, di guadagnare oltre il limite della normale mercede a tempo per un ugual periodo di tempo. Quando le tariffe siano veramente remuneratrici e il lavoro consenta una periodica distribuzione della mercede che sottragga l'operaio alla necessità di anticipi, l'abilità tecnica del lavoratore evoluta così da garantire la qualità del suo lavoro, il rischio, come ho detto, non forte ed eguale per tutti i cottimisti di

che il cottimo è preferito dagli operai più abili, che possono sperare di avere un maggior guadagno. E ciò è tutto.

¹⁾ Una conseguenza è che la mercede cresce col crescere del lavoro fatto se (come è per lo più) è aumentata la quantità pure di risultato. All'operaio è dato perciò di fare un guadagno maggiore di quello concesso dalla mercede a tempo, calcolato sulla media, più bassa, di rendimento del lavoro nel tempo determinato.

²⁾ Invece (DALLA VOLTA, *Forme del salario*, p. 71) « nel salario a tempo l'individuo singolo scompare, non è la sua produttività singola che può fissare la mercede, ma è piuttosto la produttività media ». Cfr. pure BOSSELMANN, *Entlohnungsmethoden*, p. 217; CHZARNOWSKI, *Die Lohnsyst. d. ländl. Arbeiter*, pag. 38. Ricorderò, a questo proposito, come si sia rimproverato al cottimo di provocare un rialzo nella media di diligenza e di abilità richiesta dall'imprenditore, coll'effetto di aggravare la condizione dei lavoratori a tempo, anche perchè ai meno abili sarà imposto un ribasso di salario.

³⁾ Cfr. appr., n. 240.

⁴⁾ Cfr. sopra, p. 191.

⁵⁾ È appunto perciò che i minatori di carbone nel 1912 (marzo) scioperarono in Inghilterra; i filoni di carbone non hanno dappertutto la medesima compattezza e densità. Quindi condizioni di disuguaglianza, nel rendimento del lavoro di ciascuno, che si ritenevano ingiustificate. Ecco perchè fu chiesta l'abolizione del cottimo puro, e un salario minimo uguale per tutti.

⁶⁾ Naturalmente occorre che la rapidità non sia a scapito della qualità del lavoro. E questo un altro scoglio su cui il cottimo (salvo che l'imprenditore sia complice di questo inconveniente) si infrange, se si tratta di lavori particolarmente fini, e in cui eccelle soprattutto la finezza e la qualità dell'elaborazione.

una data categoria ¹⁾, e infine al cottimista sia possibile un periodo di riposo sufficiente, il cottimo è il sistema ideale, perchè garantisce la maggior corrispondenza della mercede al lavoro, e rende possibile quindi un incremento di quella coll'aumento del rendimento ²⁾.

In realtà le masse lavoratrici tendono a combattere il cottimo, per un complesso di ragioni che non è mio compito di analizzare. Ricordo solo come gli operai qui non considerino il lavoro nella sua ampia sintesi, ma ne rimpiccioliscono la visione, considerandolo esclusivamente dal loro punto di vista, e, anche così, considerandolo male. In essi domina soprattutto il principio della solidarietà tra lavoratori: il cottimo aumenta il rendimento di ogni operaio, spossandolo (« *Akkord ist Mordarbeit!* ») ³⁾, e, soprattutto, diminuendo la domanda di mano d'opera. Il lavoro a tempo è meno intenso (abbiamo visto le cautele dirette appunto a riparare a ciò) ⁴⁾, e quindi c'è lavoro per tutti; inoltre con questo sistema c'è lavoro anche per i meno capaci. Costituisce insomma la miglior distribuzione del « salario totale » (fondo salari). È un pregiudizio ⁵⁾ che bisognerebbe estirpare, chiarendo ai lavoratori come esso si risolva in un aumento del costo della vita: un circolo vizioso, come si vede ⁶⁾, di cui i primi a risentirne gli effetti dannosi sono gli stessi lavoratori.

¹⁾ Il LORIA (*Movimento operaio*, pag. 25) asserisce che le *Trade Unions*, perciò, ammettono il cottimo solo se non individuale, ma costituito su un concordato collettivo di lavoro. Per il medesimo motivo si ammette il cosiddetto cottimo collettivo (di cui appresso), in cui un'eguaglianza di trattamento è assicurata a un gruppo di operai. È però vero che (cfr. in LEWENSTEIN, cit., p. 34) vi è chi osserva come qui l'eguaglianza sia a scapito dei buoni lavoratori.

²⁾ Col vantaggio di una aumentata produzione a cui si riconnette il buon mercato delle merci prodotte; con vantaggio anche per i lavoratori, non per il solo imprenditore. Invece il MARX (*Bibl. Econ.*, III, 9, 2, p. 468) ritiene il cottimo la forma meglio rispondente alla produzione capitalistica.

³⁾ Ricordo che ad ogni modo le leggi sul riposo festivo e sul lavoro delle donne e dei fanciulli si applicano anche al lavoro a cottimo.

⁴⁾ Nel *referendum* del LEWENSTEIN, op. cit., p. 29, un operaio osserva a questo proposito che il lavoro a tempo, oggimai, equivale al cottimo, è anzi un cottimo palliato, perchè vi sono tali sistemi di eccitamento al lavoro così raffinati che il lavoratore non può perdere un minuto: spesso i sorveglianti stanno coll'orologio alla mano a sorvegliare i lavoratori sino a lavoro finito. Vi è chi osserva (p. 19 e sg.) che del resto anche nel lavoro a tempo l'amore al lavoro, la libera volontà e il sentimento dell'onore sono sufficiente sprone al lavoro.

⁵⁾ Che si manifesta, come vedremo, anche col cosiddetto *ca cannu*, o diminuzione concordata di rendimento nel lavoro a tempo. L'esperienza dimostra che ciò è largamente praticato dalle masse operaie, malgrado quanto asseriva il BRENTANO (*Zur Kritik*, cit., p. 81), che ai suoi tempi fors'anco poteva aver ragione.

⁶⁾ Non manca anche l'intrusione dell'ostilità del lavoratore contro l'imprenditore (cfr. sopra, p. 207). Nel *referendum* del LEWENSTEIN, op. cit., un operaio dice chiaro e tondo: preferisco il lavoro a tempo, perchè sono nemico d'ogni lavoro intensivo, e sono parsimonioso assai nel mio lavoro di fronte all'imprenditore. E

238. Quanto si è detto sin qui è sufficiente perchè si intenda tutta l'importanza di questa distinzione. E si noti: non è che si tratti, come si ritiene ancora oggi dai più, di un puro e semplice modo di calcolare la mercede ¹⁾. In realtà, se questa puramente fosse l'importanza di quella distinzione, non se ne dovrebbe discorrere che tra i modi di determinare la mercede ²⁾; invece ne facciamo cenno a proposito delle classificazioni fondamentali del contratto di lavoro, e ciò perchè quella maniera diversa di computare la mercede reagisce in realtà su tutta la struttura del rapporto. Ed è merito soprattutto del Lotmar l'aver dato un rilievo a questo concetto; l'aver chiarito, con una trattazione minuta, analitica, esauriente, quanto quella diversa struttura influisca sulla disciplina del contratto di lavoro. Insomma si tratta di una distinzione che crea due sottotipi generali del contratto di lavoro, così come sono due sottotipi generali, per altro criterio distintivo, la locazione di opere e quella di opera ³⁾. Vedremo infatti che il cottimo implica un maggior accostamento del lavoratore subordinato al risultato del suo lavoro: quindi ad es. un maggior accollo di rischio a suo carico; una maggior sensibilità della mercede nel rapporto quantitativo col lavoro prestato.

Ma il Lotmar, come abbiám già visto ⁴⁾, ha esagerato l'importanza di questa classificazione fino a sostituirla, come classificazione fonda-

un altro (pag. 30) pure trova poco gusto a lavorare. Molti assicurano (p. 26) che hanno piacere che nelle tasche dell'imprenditore entri meno denaro. Per fortuna non manca chi preferisce il cottimo per non essere considerato come poltrone dall'imprenditore (p. 30), perchè ha più gusto a lavorare. Manco male! Devo aggiungere che la solidarietà si manifesta anche nel desiderio di evitare ogni dissenso: il cottimo desta l'emulazione ed è causa di disunioni tra operai (così si osserva in LEWENSTEIN, cit., p. 19). Contro il cottimo cfr. pure STADTHAGEN, *Arbeiterrecht*, pag. 122. Si noti che certe conseguenze della rapidità di lavoro (infortuni) sussistono (e si possono evitare!) anche col lavoro a tempo, in conseguenza dell'abitudine al pericolo, più che della rapidità di lavoro.

¹⁾ Contro questo concetto, esattamente, anche il PERREAU, *Contr. de trav.*, p. 113.

²⁾ Cfr. il vol. II.

³⁾ Contro cfr. BRY, *Cours de lég. ind.*, p. 185, n. 272, per la compenetrazione già sopra notata, pag. 712 sg. Invece nel nostro senso ELSTER, nel *Lexikon d. Arbeitsrechts* (V. *Akkordvertrag*), ne deriva a fortiori l'impossibilità per le parti di modificare unilateralmente il tipo del contratto da lavoro a tempo a lavoro a cottimo e viceversa. Su ciò la giurisprudenza probivirale è costante, come si capisce (confronta nel *Massimario* del REDENTI, Prob. Fornaci, Milano 16 maggio 1905, n. 210; Prob. Pelli, Milano 21 maggio 1899, n. 212). Se non si trattasse che di un semplice modo di computare la mercede il dubbio potrebbe più facilmente nascere, benché anche in tal guisa la soluzione dovrebbe essere sempre eguale. I Prob. Chiniere, Verona 11 gennaio 1905, eod., n. 213 osservano, giustamente, che « sussistono differenze essenziali di modalità tra i due sistemi di lavorazione, le quali costituiscono contratti di lavoro al tutto differenti e distinti ». Non si può unilateralmente mutare il tipo, se non nella forma di risoluzione del rapporto.

⁴⁾ Cfr. sopra, p. 612 sg.

mentale, a quella tra locazione di opere, e di opera. Egli infatti ha raggruppato o polarizzato tutta la disciplina del contratto di lavoro intorno ai due schemi del lavoro a tempo e del lavoro a cottimo. Questa è certo una distinzione chiara e assai più facilmente accertabile a tutta prima in confronto dell'altra ¹⁾; benchè anche qui non manchino zone grigie, come vedremo. Ma non è un motivo per farne la spina dorsale nel trattamento del nostro argomento: tanto più che ben spesso lo stesso Lotmar è costretto a ricorrere alla distinzione che egli ripudia. Ripeto che questo acutissimo illustratore del nostro contratto s'è allontanato dalla vita indotto dalle spire di un ragionamento puramente teoretico; il quale conclude col non ritenere fondamentale se non quella classificazione che si riferisca ai rapporti tra i due elementi tipici ed essenziali: lavoro e mercede ²⁾. In verità tutte e due le distinzioni sono importanti; benchè, a mio avviso, quella fondamentale sia l'altra di cui già ci siamo occupati ³⁾. A buon conto il Codice nostro si sofferma assai più su quella, che sull'altra: il cottimo è solo menzionato, e non con riferimento alla categoria generale del lavoro a cottimo, ma solo come lavoro autonomo, negli art. 1627 e 1646; è poi ricordato il cottimo a misura nell'art. 1638, quello globale, ma sempre come lavoro autonomo, nell'art. 1640. Non si può dunque dire che sia proprio questa la distinzione fondamentale, data anche l'insufficiente visione del poco che fu ricordato nel Codice, e che solo le leggi speciali posteriori integrarono.

Ma dove soprattutto debbo oppormi al Lotmar è dove ⁴⁾ accenna a identificare la sua distinzione con quella tra *locatio operarum* e

¹⁾ L'ENDEMANN, op. cit., p. 688, asserisce che la distinzione romanistica tra locazione di opere o di opera è incerta, vaga, non determinata e sicura: mentre assai più profonda e densa di conseguenze pratiche è la distinzione tra retribuzione a tempo e retribuzione a misura o a cottimo.

²⁾ Cfr. già nel I volume del suo trattato, p. 325.

³⁾ Il LOTMAR vanta, op. cit., I, p. 340 sg., l'importanza sociologica della sua distinzione, in riferimento alla celebre (sopra ricordata) questione della preferenza degli operai per il lavoro a tempo, che sciupa meno le loro forze: ma che è questo in confronto all'enorme portata della differenza tra lavoro subordinato, e lavoro a impresa? Non capisco neppure il vantaggio che lo SINZHEIMER in *Arch. für d. burg. Recht*, 34.^o, p. 316, riconnette alla teoria del LOTMAR; di distinguere le conseguenze giuridiche del contratto di lavoro sotto un punto di vista unico e sostanziale, e la possibilità, solo con questa distinzione (lavoro a tempo, a cottimo), di opporre ordinatamente l'infinita ricchezza dei fatti che sono propri del diritto del lavoro. Che il LOTMAR abbia meglio d'ogni altro sviscerato questa distinzione, scoprendo anche molti fatti che diversamente sarebbero sfuggiti, e meglio coordinandoli, è vero. Ma non vuol dire ancora che sia questa proprio la distinzione fondamentale. Aggiungo poi, come ho già osservato, che bene spesso il raggruppamento che fa il LOTMAR di tutte le regole polarizzandole intorno al lavoro a tempo o al lavoro a cottimo è artificioso, tant'è vero che è costretto ogni tanto ad abbandonarlo (es. in materia di responsabilità e di rischi).

⁴⁾ Op. cit., I, p. 341. Questa è pure la conclusione ultima nel vol. II, p. 937:

locatio operis. Questo vorrebbe dire l'identificazione delle due distinzioni che noi studiamo: perchè s'è visto che il germe del criterio differenziale tra locazione di opere e di opera è prettamente romanistico. Questo non è assolutamente vero; dalla dimostrazione che nelle seguenti pagine ne tenteremo risulteranno meglio delineate, crediamo, le linee fisionomiche del contratto di lavoro a tempo e di lavoro a cottimo.

239. A guardar bene, l'affermazione del Lotmar sarebbe pienamente giustificata, se la locazione di opere e di opera dovessero distinguersi, come da tanti si suol fare, esclusivamente secondochè è promessa dal lavoratore la prestazione di una data attività, a prescindere dal risultato, o di un risultato determinato da conseguirsi mediante la sua attività. Sotto questo punto di partenza il collegamento tra le due classificazioni non può non condurre a un assorbimento dell'una nell'altra. Si dice infatti: nella locazione d'opere è importante per il conduttore la quantità di lavoro prestata dal locatore, epperò la mercede si misura anche apparentemente su cotesta quantità, senza rapporto alcuno al risultato che il conduttore intende ricavare per conto proprio per mezzo dell'energia di lavoro messa a sua disposizione dal locatore. Invece nella locazione di opera ha importanza primaria di fronte al creditore del lavoro il risultato; il lavoro ha importanza non in sè, ma in quanto è mezzo a fine: l'unità e individualità concreta del fine (dell'*opus*) si riflette nella mercede che è pure concreta, unitaria e commisurata anche apparentemente sul risultato, non sul lavoro per arrivarvi ¹⁾. Perciò il Bry ²⁾ può asserire che l'an-

nella *locatio operarum* la prestazione di lavoro è delimitata non sostanzialmente (secondo il risultato), ma secondo il tempo, è sempre lavoro a tempo; per la *locatio operis* è vero il viceversa: è sempre lavoro a cottimo. Le *operae* sono un'attività limitata solo nel tempo; l'*opus* un'attività solo limitata dal risultato.

¹⁾ Così anche nella prima edizione di questo trattato. Cfr. pure DE-LUCA, in *Rivista internaz. scienze sociali*, 1894, I, 368; ABELLO, cit., III, pag. 88: con ciò si spiega il nessun sviluppo che al cottimo è dato nella trattazione dell'ABELLO, pel quale operaio cottimista è sinonimo di operaio appaltatore (eod., p. 228). Ho come l'impressione che l'ABELLO non si sia preoccupato a sufficienza di quanto deriva dal pratico funzionamento del lavoro e delle leggi sociali. Cfr. pure IANNACCONE, in *Arch. giurid.*, LIII, pag. 120; GERMAIN, *Contr. de trav.*, cit. (che cita a sproposito la legge belga); BOISSARD, *Le contrat de travail et le salariat*, p. 243. Il MODICA, ad es. (*Costruz. giur.*, ecc., n. XXIII), esce a dire: «..... Giova appena ricordare che nella retribuzione ad epoche fisse, cioè a giorno, a settimana, a mese o ad anno, anzichè a lavoro compiuto, è appunto riposto il principale carattere differenziale tra il contratto di lavoro e l'appalto». E gli effetti di quest'errore si vedono nel modo onde il MODICA concepì il contratto di trasporto.

²⁾ *Cours de lég. industr.*, pag. 184. È da notare che per lo più questi scrittori avvertono la subordinazione del lavoro nella locazione d'opere, ma come una conseguenza che è quasi sempre necessaria! Ciò è chiaro, ad es., nel BRY; cfr. IANNACCONE, cit., p. 120.

titesi tra locazione di opere e quella di opera è data dal contrasto tra l'operaio pagato con salario a tempo nello stabilimento, e l'artigiano o operaio a domicilio o capo officina pagati a cottimo, arrivando così a una confusione di concetti che implica il disconoscimento della realtà economica ¹⁾. E anche qualche codificazione, come quella olandese, si è ispirata a questo concetto ²⁾.

È chiaro che questa conclusione è stata agevolata da elementi di verità, che però sono stati ingigantiti, fino a smarrirne il senso delle proporzioni. È verissimo, ad es., che il cottimista ha una maggior quantità di rischio a suo carico; ma non ne segue che quindi il suo lavoro sia perciò solo sempre ed essenzialmente autonomo, sino a doversi confinare il cottimo nella sola locazione d'opera ³⁾. Con ciò, è evidente, si intuisce il vero criterio differenziale tra locazione d'opere, e d'opera dal momento che si ricorre a quell'anello di congiunzione tra cottimo e locazione d'opera che è l'accollo del rischio.

Questa identificazione delle due distinzioni, così aliena dalla realtà economica, ha naturalmente ottenebrato la esatta visione di alcune regole. Così, ad es., ha condotto al concetto per cui nella locazione d'opere sia essenziale l'apposizione di un termine ⁴⁾. Ora, il concetto

¹⁾ Per verità il BRY finisce coll'ammettere il cottimo anche nelle officine. nel qual caso « la locazione d'opera sembra confondersi con la locazione di servizi. e non se ne distingue che pel modo di remunerazione ». Vale a dire permane la locazione d'opera; però, si noti, non si distingue sostanzialmente da quella d'opere. Ma allora sarà proprio la locazione d'opere!

²⁾ L'art. 1637 *a* vi definisce il contratto di lavoro (locazione d'opere) come presupponente il salario « per un certo periodo di tempo ». E non allude al solo contratto di lavoro a tempo, perchè il successivo art. 1637 *b* definisce « l'impresa di lavoro », presupponente un prezzo fisso. La confusione non potrebbe essere più completa. Abbiám già visto che a questa conclusione arriva pure l'ASQUINI, op. cit., p. 35 (« Nel contratto di lavoro la mercede a cottimo ... rivela sicuramente la presenza di una locazione d'opera »). E ciò non deve meravigliare quando si ricordi il modo con cui egli ha concepito il criterio differenziale tra locazione di opere e d'opera, scivolando nella distinzione tra lavoro a cottimo e a tempo. Confronta sopra, p. 600, nota 3. Probabilmente l'ASQUINI è stato indotto in errore dal RÜMELIN, che in alcuni punti l'A. ha seguito troppo ciecamente; il RÜMELIN pure (op. cit., 29) fa coincidere perfettamente il cottimo colla locazione d'opera. E così pure ragiona il MASSE, *Législation du travail et lois ouvrieres*, cit., pag. 48-49. Il quale del resto riconosce molto strano il disciplinare con norme differenti il lavoro a tempo e a cottimo (op. cit., p. 50), e trova pure illogico distinguere tra operai dal punto di vista sociale o della legislazione del lavoro. E ciò è vero, ma solo dal punto di vista di un'eguale sussunzione nella locazione d'opere, perchè il lavoro a tempo e quello a cottimo hanno tra loro differenze sostanziali.

³⁾ Grazie a questa identificazione si ritenne, ad es., che il contratto con artisti di scena sia locazione d'opera se per una rappresentazione; locazione d'opere se per un periodo di tempo. RÜMELIN, cit., p. 153-154.

⁴⁾ Così lo SCHREIBER, op. cit., p. 8. Cfr. anche il MASÉ-DARI, *Dig. it., v. Sciopero*, n. 144, che definisce la locazione di opere come il contratto per cui « il debitore

di un « periodo di tempo » è essenziale, come si capisce, a una prestazione che si distende nel tempo, come quella di fare; ma non è vero che la determinazione del periodo, in modo espresso, occorra proprio per la locazione d'opere: non occorre intanto quando risulta già implicitamente dal risultato del lavoro: quindi se vi è cottimo e lavoro subordinato non occorre affatto. E non basta: poichè se nel contratto di lavoro a tempo non vi fu determinazione del periodo di tempo (cioè della durata dell'attività), quella è data dagli usi locali (qui ad ogni modo la limitazione della durata è necessaria) ¹⁾. E nel cottimo a misura può essere data, talora, la misura dal tempo, non dalle unità da elaborare.

In realtà, dunque, le due classificazioni non coincidono affatto ²⁾, e questo potremmo dimostrare ponendo in luce anzitutto che il lavoro a cottimo può essere sussunto anche nella locazione d'opere; e in secondo luogo che il lavoro a tempo può anche essere autonomo. Io non dico che tutte e due queste dimostrazioni possano riuscire. È evidente che al nostro assunto basterebbe che anche una sola di esse risultasse fondata: che quindi le due distinzioni parzialmente coincidono.

Infatti, prima di tentar la dimostrazione che ci proponiamo, dobbiamo subito avvertire che non si tratta già di una differenza radicalissima tra le due distinzioni. Questo no, nel senso che molte volte nell'aspetto pratico del contratto di lavoro coincidono; molte volte, non sempre: tanto basta, ripeto, per il mio assunto.

Questa frequente coincidenza si capisce benissimo. Dal modo con cui abbiamo sopra tratteggiato la fisionomia differenziale della locazione d'opere da quella di opera risulta già quanto ci avviciniamo all'altra, diversa distinzione: ci si avvicina tanto che la dottrina, in gran parte, ha finito col confonderle. Infatti dove il lavoro è subordinato, cioè la gestione del lavoro è accentrata nel creditore del lavoro, è chiaro che il lavoratore mette l'opera sua a disposizione dell'altra

del lavoro pone a disposizione del creditore le sue energie di lavoro entro limiti più o meno lati e per un determinato periodo di tempo, in modo che il debitore si obblighi ad eseguire entro questo termine le prestazioni di lavoro, del genere determinato nel contratto, che il creditore gli assegnerà ». E il JACOBY (*Grünhut's Zeitschrift*, XVIII, p. 141) pensa che elemento essenziale per la locazione di opere è un termine fisso; mancando il quale il contratto (a tempo indeterminato) verrebbe ad essere o mandato o *locatio operis*. Poichè quando il concetto sostanziale di *locatio operarum* non insistesse sul « termine » entro il quale i servigi vanno prestati, allora, dice il JACOBY, l'idea principale e caratteristica va a collocarsi sul concetto di « erezione di un prodotto di lavoro ».

¹⁾ Cfr. LOTMAR, op. cit., I, p. 337-338. Quando si discorre di locazione d'opere a tempo indeterminato si esclude solo un termine contrattualmente designato.

²⁾ In questo senso anche il CARNELUTTI, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1909, II, 18.

parte, che la dirigerà, la sorveglierà. Ora, la forma più tipica e paradigmatica di contratto, in tal caso, è proprio quella del lavoro a tempo, in cui non è in gioco il risultato, quindi il rendimento di lavoro, e perciò corre al creditore del lavoro l'obbligo, nel proprio interesse, di una vigilanza e di un controllo sull'attività effettiva del lavoratore. Se il risultato del lavoro non è assunto contrattualmente come moderatore della mercede, par chiaro che il creditore del lavoro abbia il diritto di intromettersi nella gestione del lavoro, premendogli soprattutto che l'onere della mercede sia proporzionato all'utile effettivo ricavato dal lavoro ¹⁾. E viceversa: se il risultato di lavoro è elemento moderatore della posizione delle parti, questo non lascerà pensare che dunque sussista quella promessa di un risultato di lavoro che noi sappiamo ²⁾ esser un indice importante della locazione d'opera?

Perciò credo che non ci sia nulla di male a ritenere che nel dubbio il lavoro a cottimo si debba concepire come lavoro autonomo; e quello a tempo come lavoro subordinato ³⁾: il cottimo adunque è indice, nel dubbio, del lavoro autonomo ⁴⁾.

240. Ma intanto non sempre il lavoro a cottimo è lavoro autonomo ⁵⁾. Che possa essere anche lavoro subordinato pare a tutta prima più inverosimile che non il carattere autonomo del lavoro a tempo. Non

¹⁾ In questo si ritrovano i difetti essenziali del lavoro a tempo, che sono appunto la manifestazione della tendenza caratteristica al lavoro subordinato: l'estraneità al risultato, cioè all'azienda assai maggiore nella locazione d'opere che nella locazione d'opera, in cui però, come sappiamo, sussiste pure (come in tutto il contratto di lavoro) l'indipendenza del rapporto dalle sorti dell'impresa che il creditore del lavoro incentra in sé. Cfr. GOBBI, *Il lavoro*, p. 40, sg.

²⁾ Cfr. sopra, n. 223.

³⁾ Così il PERREAU, *Contr. de travail*, p. 18.

⁴⁾ In questo senso anche il CARNELUTTI, op. e l. cit. Che la distinzione tra lavoro a cottimo e a tempo sia manifestazione frequente dell'altra non significa però che ne sia un corollario. Cfr. RÜMELIN, op. cit., p. 150.

⁵⁾ Probabilmente l'art. 1646 allude al cottimista imprenditore, nonostante vi si discorra di muratori e fabbri, e malgrado la connessione col precedente art. 1645. Del resto non è detto che proprio nell'art. 1645 « i muratori, fabbri ed altri artefici impiegati... » siano veramente lavoratori subordinati; ho sostenuto che l'articolo 1645 si riferisce anche a lavoratori autonomi, ma non eccedenti l'artigianato. E ad artigiani (essenzialmente autonomi, come vedremo avanti: cfr. già sopra, p. 615) si riferisce per necessità l'art. 1646; diversamente sarebbe in piena stridente contraddizione con tutta l'odierna organizzazione industriale. Salvo che vi si voglia scorgere un'espressione energica, enfatica sino ad andare oltre il segno, per alludere al maggior rischio caricato al cottimista subordinato. E in verità, a guardar bene, in tutti gli articoli che precedono (dal 1634 in poi; il 1639 è naturalmente inapplicabile) vi sono germi di applicabilità anche al cottimista subordinato. Così rischio della materia accessoria da lui fornita; rischio del lavoro; verifica del lavoro fatto; scioglimento del contratto per morte del cottimista; responsabilità per l'opera delle persone impiegate (cottimo collettivo? cfr. appresso). Certo è, ad ogni modo, che l'art. 1646 è un'infelicitissima cosa.

è chiaro che qui vi ha la promessa di un risultato di lavoro? Ma in realtà se questa assunzione del risultato a termine plasmatore del rapporto smussa notevolmente certe angolosità del lavoro subordinato, non è a dire che con esso quest'ultimo sia fatalmente evitato. È possibile che la gestione del lavoro sia accentrata nel creditore del lavoro, ma che tuttavia la mercede sia commisurata al risultato, cioè al rendimento del lavoro: questa sarebbe, anzi, la forma astrattamente ideale per la proporzionalità della retribuzione al lavoro utile ¹⁾.

Infatti è indubitabile che il cottimo rappresenta ad ogni modo, posta l'esattezza del nostro assunto, un'attenuazione dei rischi e degli oneri di sorveglianza e controllo incombenti al creditore del lavoro. Il lavoratore è naturalmente interessato ad accrescere il proprio guadagno ²⁾ intensificando il rendimento del proprio lavoro; già abbiamo avvertito come l'utilità qui stia per l'industriale nella eliminazione di una buona parte della sorveglianza e del controllo ³⁾. Ma ciò, si noti, in parte soltanto ⁴⁾. Perchè già si è visto il pericolo di un lavoro, appunto per la ragione ora ricordata, troppo affrettato, quindi deficiente qualitativamente: questo conduce alla necessità di una sorveglianza, di un costante controllo del creditore del lavoro, limitato, ad ogni modo, alla qualità del lavoro ⁵⁾. E chiaro, poi, che se ciò è, è breve il

¹⁾ Questo concetto mi sembra ammesso dall'App. Napoli, 9 agosto 1912, *Foro*, 1912, I, 1288, per cui tra quelli che lavorano a cottimo, cioè per un prezzo unico predeterminato, sono: a) operai, cioè « locatori della propria attività obbligata all'altrui servizio », che « hanno locato il loro lavoro (cioè messo a disposizione); sono b) appaltatori « quelli che si obbligano a fornire il risultato del loro lavoro ». Nel primo caso è dunque promessa una quantità indeterminata di lavoro subordinato. Naturalmente sono di questo avviso tutte le sentenze che si occupano di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni dei cottimisti. Es. Cass. Napoli, 20 gennaio 1912, *Contr. lav.*, 1912, 34.

²⁾ Il LOTMAR, cit., II, 473 vi riconnette la possibilità che il cottimista abbia ad eseguire il lavoro lungi dall'industriale, senza possibilità di controlli. E ciò è vero: ma bisogna, se si tratta di lavoro subordinato, che possibilità di controllo, sia pure intermittente, sussista; se no (cfr. sopra, p. 659) può nascere il dubbio se non sussista in realtà cottimo autonomo (locazione d'opera). È questione di fatto.

³⁾ Il cottimista intelligente non può non rilevare e annettere una certa importanza a questa diminuzione di controlli e di sorveglianza, che si risolve in un incremento della sua indipendenza (cfr. sopra, p. 701). Questo osservano parecchi nel *Referendum* del LEWENSTEIN, *Die Arbeiterfrage*, p. 19, sg. In genere la sorveglianza e i controlli, come s'è osservato già, feriscono l'operaio. Perciò alcuni dichiarano di preferire il cottimo per la diminuzione di sorveglianza: quindi « si ha più gusto a lavorare » (p. 30). « Preferisco il cottimo perchè qui io sono padrone libero di me stesso e non sto sotto la sferza » (p. 27). « Si è più indipendenti nel proprio lavoro » (p. 29). Dunque si riconosce che non vi è eliminazione della dipendenza. Cfr. pure ivi, p. 36.

⁴⁾ Lo osserva ad es. anche il DALLA VOLTA, *Forme dei salari*, p. 78. E così quasi tutti gli economisti.

⁵⁾ Certi regol. di fabbr. impongono sanzioni severe (multa, licenziamento) agli

passo ad ammettere la possibilità che il creditore del lavoro abbia a imporre i propri criteri e metodi di lavoro, dirigendo da questo lato l'opera del lavoratore. Non dico che ciò sia sempre, tutt'altro; è vero anzi che più spesso il cottimo (inteso latamente come noi l'intendiamo) rende il lavoratore indipendente anche per questo lato dal creditore del lavoro. Ma vi è la possibilità che ciò avvenga; quella subordinazione non è dunque inconciliabile colla natura del cottimo.

Ma io vado più in là. E sostengo che non è al tutto eliminata neppure la sorveglianza e il controllo quantitativo. Infatti si può pensare che sia sufficiente sprone allo zelo del lavoratore l'interesse sopra ricordato, di intensificare il lavoro per aumentare il guadagno, così come accade per casi diversi; es. quello del mediatore ¹⁾. Che non occorra quindi un obbligo di lavorare: il lavoratore avrebbe solo l'obbligo di lavorare qualitativamente bene (ed ecco qui la necessità di un controllo, come s'è visto) solo quando si decida spontaneamente a lavorare ²⁾. Questo sarebbe grave, in quanto impoverirebbe singolarmente il campo d'applicazione del nostro contratto; tuttavia non esclude la possibilità che in qualche caso (gli usi, se non il contratto, chiamano ciò) così sia realmente. Ma, malgrado la contraria opinione di qualche scrittore ³⁾, credo che nella pratica quotidiana la regola assolutamente prevalente sia per l'esistenza di un obbligo di lavorare, che quindi il controllo e la sorveglianza si estendano anche all'effettiva attuazione del lavoro ⁴⁾. Non è infatti concepibile che l'industriale intenda rimettere la quantità della produzione all'eventuale beneplacito del lavoratore, sia pure fidando che nella grande maggioranza dei casi l'operaio sarà sufficientemente spronato al lavoro. E infatti i regolamenti di fabbrica, come ho già accennato ⁵⁾, prevedono talora esplicitamente questo caso di assenze dal lavoro del cottimista, e corrono ai ripari imponendo delle sanzioni ⁶⁾.

operai cottimisti « che fossero causa di lavori mal riusciti ». Senza obbligo, si intende, di preavviso. Così es. art. 15 Reg. fabbr. della Soc. ligure metallurg. (ferriera di Sestri Ponente).

¹⁾ Cfr. sopra, p. 408 sg. Coerentemente molti regolamenti di fabbrica autorizzano esplicitamente il cottimista a fare ore straordinarie di lavoro, aggiungendo, come si capisce, che per esse nessun aumento di mercede è dovuto (es. art. 13 Regol. fabbr. della Soc. ital. Westinghouse di Vado Ligure). Non così pel lavoro a tempo (su ciò nel II volume).

²⁾ Sarebbe una figura giuridica già per altri casi ammessa da taluni. Così per la mediazione, come sopra s'è ricordato.

³⁾ Il DALLA VOLTA, cit., p. 78, ritiene infatti che il cottimo migliori la posizione del lavoratore, che è più indipendente « poichè lo rende libero entro certi limiti di lavorare quando crede ». « Entro certi limiti », ad ogni modo.

⁴⁾ Così Trib. ind. di *Mähr-Schönberg*, 19 dicembre 1908, *Contr. lav.*, 1911. 113.

⁵⁾ Cfr. sopra, p. 716, nota 2.

⁶⁾ È stato anzi ritenuto che il cottimo non cada nella locazione d'opera quando

Dunque normalmente il cottimista ha l'obbligo di lavorare: si potrà essere più o meno correvi nell'ammettere qualche sua parziale assenza dal lavoro ¹⁾ in considerazione dell'interesse che in lui di solito agirà fortemente a recuperare il tempo perduto (e questo è l'uso negli stabilimenti; non però generale) ²⁾. Ma si dovrà ritenere che in lui vi è anzitutto l'obbligo alla prestazione di lavoro. E inoltre ha l'obbligo di lavorare bene ed eventualmente (se lavoro subordinato) secondo i criteri e le direttive dell'imprenditore; questo è anche più chiaro.

Ma si badi: questo intervento autoritativo dell'imprenditore a dirigere e controllare il lavoro del cottimista trova un limite che non esiste nel lavoro a tempo. E questo limite è dato appunto dal naturale interesse, che è anche un diritto contrattualmente acquisito, per il lavoratore ad accrescere e affrettare il ritmo del suo lavoro, per il possibile incremento di guadagno: perchè questo è, per il lavoratore, la ragion d'essere del cottimo. Quindi bisognerà necessariamente conciliare questi due interessi che a un certo punto possono anche trovarsi in conflitto: per l'industriale di disciplinare minutamente il lavoro del cottimista (io presuppongo sempre che vi sia subordinazione), e per quest'ultimo di affrettare il lavoro sfruttando la propria esperienza e i propri criteri in quanto, secondo il suo personale apprezzamento, gli agevolino l'incremento quantitativo del lavoro. Noto che questa è una difficoltà teorica a cui in pratica si ovvia col limitare il cottimo ai casi in cui il lavoro non è sottoposto a raffinate e particolari esigenze di tecnicismo. In tal caso il conflitto tra quei due interessi non nasce ³⁾. Certo è, ad ogni modo, che l'ingerenza dell'imprenditore non può spingersi sino a ritardare il lavoro del cottimista oltre il limite che l'interesse del lavoratore può consentire ⁴⁾. S'egli richiedesse altri lavori, il cottimista (a differenza del lavoratore a tempo) avrebbe

sia imposto al lavoratore una durata di lavoro, entro cui il lavoro a cottimo debba essere prestato sino a licenziamento o recesso in genere. Così KRAINZ, *System d. allg. Privatrechts* (1907), II, p. 255.

¹⁾ Cfr. LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, II, p. 557, quanto al controllo circa al tempo di lavoro; egli rileva più avanti l'autonomia del cottimista in proposito (p. 570).

²⁾ Questo è, veramente, uno dei rimproveri mossi al cottimo. Il cottimo sfinisce il lavoratore, che, esausto, fa dei riposi lunghi, a cui tien dietro di solito una ripresa affrettata per recuperare il tempo perduto, con prolungamenti anche di orario (ore straordinarie di lavoro). Cfr. BRENTANO, *Zur Kritik*, cit., *passim*; BERNHARD, *Die Akkordarbeit*, cit. Si capisce, però, che a questo inconveniente si può in parte ovviare intensificando la sorveglianza dell'industriale sulla quantitativa prestazione di lavoro, ponendo dei limiti a una autonomia, sotto questo punto di vista, del lavoratore a cottimo.

³⁾ SCHMOLLER, *Principes*, IV, 66; HASBACH, nei cit. *Jahrb. für Nationalökon.*, 1905, 723.

⁴⁾ Cfr. BERNHARD, op. cit., p. 217; BAIL, *D. Rechtsverhältniss d. Arbeitg. n. Arbeitn.*, I, cit.

diritto a uno speciale compenso. E così non potrebbe l'industriale sostituire a una macchina un'altra più lenta nel rendimento: salvo che questo inconveniente sia compensato largamente da altri vantaggi (minori pericoli, ad es.) ⁴⁾.

Dunque limitazione dell'intervento autoritativo e moderatore dell'imprenditore, ma non esclusione; non possiamo asserire, perciò, che la remunerazione a cottimo permetta all'operaio necessariamente e sempre « *de devenir un petit entrepreneur, puisque tout travail aux pièces est déjà une sorte d'entreprise à forfait* » ⁵⁾.

Ma questa opinione, pur così diffusa, si appoggia in realtà a un fatto incontestabile: e cioè che il cottimista assume a suo carico una parte del rischio che normalmente, col lavoro a tempo, spetta al creditore del lavoro. E sulla osservazione di questo fatto che, come si è visto ³⁾, i propugnatori del « rischio del lavoro » come criterio differenziale tra la locazione di opere e di opera hanno creduto di potere asserire la assoluta coincidenza della locazione d'opera col cottimo. E ciò non è esatto, perchè in realtà non tutto il rischio del lavoro è necessariamente accollato al cottimista: è possibile, cioè, che una parte, anzi la parte maggiore rimanga al creditore, così da autorizzare il concetto di un accentramento della gestione del lavoro nel creditore, e non nel debitore del lavoro.

Premetto che questo accentramento presupporrà che la materia prima sia fornita al lavoratore dal creditore del lavoro: già vedemmo che è di regola incompatibile la somministrazione della materia per parte del lavoratore colla qualità subordinata di quest'ultimo. Con ciò non voglio dire che la subordinazione del lavoro sia sicura quando la materia prima gli sia affidata, come è parso a qualcuno che della somministrazione al cottimista della materia ha fatto un indice per ritenere senz'altro la subordinazione del suo lavoro, quindi la assenza in lui della veste di imprenditore a' sensi della legge sugli infortuni ⁴⁾. Il contrario risulta, del resto, dagli art. 1634 e 1636: l'artefice può limitarsi a impiegare il suo lavoro ⁵⁾. In realtà quell'indice va suffragato da altri indici dai quali risulti, complessivamente, la natura del rapporto; potrà ad es. bastare la tenuità del compenso, per chiarire che sussiste quella tale limitazione di rischi in capo al lavoratore che

⁴⁾ Così, viceversa, se è sostituita la vecchia con una macchina che accelera la produzione, essendo mutata la base di calcolo della mercede, questa può essere ridotta. Cfr. Trib. ind. Vienna, 26 agosto 1909, *Contr. lav.*, 1911, 267.

⁵⁾ LAVELAYE, *Éléments d'Economie polit.* (1882), p. 151.

³⁾ Cfr. sopra, p. 650.

⁴⁾ Così Tribun. Napoli, 11 luglio 1910, *Legge*, 1910, 1714.

⁵⁾ E appunto in tal caso che, come sappiamo, si ammette certamente la *locatio operis*; mentre diversamente nasce il dubbio se sussista o no vendita.

è presupposta dall'accentramento fondamentale della gestione nell'altra parte ¹⁾.

Perciò il rischio che al lavoro proviene dalla materia, quando sia subordinato, non sarà mai a carico del cottimista (sua difettosità, o suo perimento). Questo è anzi, come si ricorderà ²⁾, una delle cause di divergenza nella pratica: l'industriale cerca di caricare al cottimista la responsabilità per la cattiva lavorazione, dai cottimisti invece imputata alla cattiva materia prima ricevuta. E se ciò è, i cottimisti hanno ragione: gli imprenditori debbono del resto dare buona materia prima anche per non intralciare diversamente quella ampiezza di rendimento del proprio lavoro a cui, come ora abbiám visto, i cottimisti hanno diritto ³⁾.

Il rischio che è caricato al cottimista non concerne neppure la difettosità dell'opera, quando l'imprenditore abbia sorvegliato e diretto qualitativamente il lavoro. Se al cottimista non si può rimproverare colpa o negligenza in proposito, il rischio della difettosità sta a carico dell'imprenditore (ripeto che io presuppongo sempre che subordinazione vi sia: in preme solo dimostrare la conciliabilità del cottimo con essa). In questo vi è una notevole differenza in confronto al cottimista imprenditore. Quest'ultimo è signore, veramente, del modo di attuare la prestazione; quindi la eventuale difettosità (prestando qui dalla questione se necessariamente dovuta a *imperitia*, e se davvero *imperitia culpa adnumeratur*) è a suo carico sempre ⁴⁾.

E allora quale forma di rischio è accollata al cottimista? Quello che riguarda il rendimento del lavoro ⁵⁾. Perchè è qui tutta la ragion d'essere economica del cottimo, come s'è visto: il cottimo soddisfa da sè, interessandovi direttamente il lavoratore e accollandogli il rischio relativo ⁶⁾, quel bisogno di massimo rendimento del lavoro che

¹⁾ Questo ha fatto ad es. la cit. sentenza del Tribunale di Napoli.

²⁾ Cfr. sopra, p. 715-716.

³⁾ Cfr. lagnanze in proposito ritorte contro il cottimo nel *Referendum* cit. del LEWENSTEIN, cit., p. 27.

⁴⁾ È solo allora che la *bonitas operis a conductore approbatur*, il che presuppone sempre che *arbitrio conductoris opus efficeretur*. Cfr. il fondamentale fr. 51, § 1, h. t., XIX, 2. Invece occorrerà dimostrare la colpa del cottimista subordinato. Le due situazioni sono ben differenti, checchè ne pensi il RÜMELIN, op. cit., p. 41.

⁵⁾ Fu deciso che è sul cottimista che grava il rischio della sua malattia, *Contr. lav.*, 1905, 148. Ora ciò è vero anche pel lavoro a tempo; ma vi è la differenza, che pel lavoro a cottimo (appunto perchè elemento decisivo qui è il risultato utile) vi è maggior rigore nell'attuazione di quel principio che pel lavoro a tempo. Su ciò nel II vol.

⁶⁾ Entro quali limiti al cottimista, così come all'imprenditore, possa essere applicata la clausola *rebus sic stantibus*, per una sopravveniente modificazione delle condizioni in vista delle quali fu originariamente determinato il prezzo di cottimo (con conseguente aggravio del rischio pel cottimista) vedremo nel II vol. Qui intanto mi limito a ricordare come in qualche regolamento di fabbrica (es. quello

dal lavoro a tempo non si può ottenere, come vedemmo, se non con cautele e ripieghi che non sempre sono efficaci. E cioè: dato che per arrivare a un risultato di lavoro occorra una quantità più o meno esattamente determinabile quantitativamente di lavoro, è a rischio del lavoratore la quantità effettivamente necessaria per giungere al risultato, sul quale solamente è calcolata la mercede. Ora, da ciò deriva che a carico del cottimista sta a) anzitutto il rischio dell'impossibilità: se la cosa elaborata dal cottimista è distrutta prima del suo compimento, è chiaro che vi è del lavoro inutilmente speso, e per cui non è dovuta retribuzione alcuna. Questo è teoricamente certo: ma mi affretto a soggiungere che in pratica il cottimista si guarderà bene dall'accettare il sistema del cottimo, se quel rischio dovesse proprio cadere nel quadro delle previsioni sulle quali la tariffa di cottimo è concordata; b) in secondo luogo il rischio della difficoltà, che presuppone il raggiungimento del risultato, ma una quantità di lavoro per arrivarvi¹⁾ che può variare in più del preventivato, come può, a vantaggio suo, esser minore²⁾.

Vuol dire questo che per necessità il lavoratore è signore del lavoro? Che in lui se ne accentra la gestione? Ma no. I mezzi di lavoro, la materia prima³⁾, e soprattutto i criteri direttivi in ordine alla qualità del lavoro possono venire dall'altro contraente, con i rischi relativi (risultanti dai mezzi di lavoro, dalla materia prima, o con-

della Società italiana Westinghouse di Vado Ligure) sia esplicitamente ammessa in tal caso « un'aggiunta al cottimo o premio precedentemente stabilito ». E, naturalmente, il principio giuridico può anche giovare al creditore del lavoro, quando (ad es. coll'introduzione di una macchina che produce più rapidamente) le basi originarie del cottimo siano mutate. Cfr. sopra, p. 731, nota 4.

¹⁾ In seno alla *Société des études législatives* era nata l'idea di alleggerire il cottimista di questo rischio. Ma ci si trovò di fronte a difficoltà invincibili. Si capisce che, col lavoro a tempo, ci sia un modo di determinare la mercede dovuta in caso di impossibile raggiungimento del risultato che il creditore del lavoro si propone (cioè il tempo di lavoro consumato inutilmente). Ma, escluso il criterio a tempo, quale altro nel cottimo potrà soccorrere? In verità si può in tal caso pattuire che sia dovuta una mercede proporzionale al tempo consumato: questo, possibile pel cottimo autonomo (cfr. appr., n. 241), lo sarà tanto più pel cottimo subordinato. Ma occorre un patto espresso (salvo gli usi locali conformi). Certo l'equità (articolo 1124) non è sufficiente. Si noti: questo rischio presuppone che il risultato non sia compiuto; può nascere però qualche dubbio per il caso che la distruzione accada dopo il compimento, ma prima del collaudo (anche pel cottimo subordinato può esser questione di un collaudo per la liquidazione della mercede dovuta). Su ciò nel II vol. Cfr. intanto SALEILLES, nel *Bullet. de la Soc. des études législ.*, 1906, p. 501.

²⁾ Cfr. MARTINI, op. cit., p. 138.

³⁾ Può essere che il cottimista subordinato abbia a somministrare materia prima accessoria e di finimento, facendo spese di cui deve essere rimborsato a parte, se il rimborso non è previsto nel prezzo di cottimo. Per tal caso cfr. sopra, n. 235.

cernenti la qualità del lavoro). Solo potrà essere che il lavoratore abbia a impiegare maggiori energie, maggiori sforzi, per giungere al risultato, di quello che prevedeva: nel qual caso, pur consumando maggior tempo del previsto, la mercede rimane invariabile, se non varia il risultato. Il rischio dell'impossibilità gravante, come ora s'è visto, il cottimista è qualcosa di più del rischio dell'impossibilità per causa estranea alle due parti gravanti il lavoratore (cfr. sopra, p. 650). Perchè pel cottimista non si tratta solo di impossibilità di dar lavoro e quindi di avere una mercede, ma, ben più, dell'inutilità del lavoro speso anteriormente alla causa che distrusse il lavoro già fatto. In sostanza, il rischio che riduce o paralizza il risultato riduce o paralizza la mercede.

Torno a dire: questo è indubbiamente uno sgravio del rischio incombente all'imprenditore; ma uno sgravio che mentre non altera così sensibilmente la fisionomia del rapporto in ordine alla subordinazione del lavoratore ¹⁾, e all'essere l'imprenditore veramente il signore del lavoro, non nuoce all'operaio che vi si sobbarcherà (come s'è visto) solo quando questo rischio della difficoltà del lavoro sia minimo, e facilmente sopportabile ²⁾. L'autonomia del lavoro, nell'imprenditore, si rivela nell'assumere a proprio carico non soltanto un'eventuale maggior quantità di lavoro, ma tutte le altre difficoltà risultanti da cause differenti (finanziarie, rarità o minor accessibilità della materia prima, ecc.), oltre che nella direzione della propria attività dal punto di vista della sua qualità: è insomma una situazione ben differente da quello del cottimista subordinato ³⁾. Rispetto al quale, dunque, il guadagno è vera e propria remunerazione o mercede: non è profitto.

Riassumendo pare a me si possa concludere nel senso che del cottimista subordinato l'attività è presa in considerazione, per quanto concerne la sua retribuibilità, solo in proporzione del risultato cui

¹⁾ Cfr. sopra, p. 650.

²⁾ Se non è così, o rifiuta il cottimo, o esigerà almeno un minimo di mercede fissa proporzionato al tempo. Cfr. già sopra, n. 236. E pel viaggiatore di commercio e per altri casi simili, p. 190.

³⁾ Spesso la maggior difficoltà circa la quantità di lavoro viene da condizioni naturali. Es. pei minatori pagati a un tanto per carro di minerale della scarsezza improvvisa e insospettata del filone. Vi ha sempre, insomma, una alterazione nella prevista proporzione tra intensità di sforzo e il risultato. Gli operai, però, tendono sempre più a allontanare da sè questo rischio, che reputano dover più logicamente spettare all'impresa, pattuendo dei salari minimi fissi. Ora: questo, si capisce, non modifica in nulla la natura dei rapporti, solo se ne sceglie uno anzichè l'altro. Ma quello che è grottesco è come qualunno (es. il PERREAU, *Contr. de travail*, p. 20) per desiderio di alleggerire i cottimisti dal rischio ad essi incombente si sia spinto a proporre di sottomettere senz'altro il lavoro a cottimo alla disciplina del lavoro... a tempo! Questo non sarebbe, in sostanza, che l'abolizione legislativa del cottimo!

perviene, non in se stessa. In ciò, ma in ciò solo, vi ha un elemento comune colla locazione d'opera, tanto più se ci fermiamo, per designare quest'ultima, al criterio comune e superficiale che già sopra abbiamo respinto (promessa di un risultato di lavoro). In ciò solo, ripeto: ed è troppo poco per confondere il cottimo colla locazione di opera ¹⁾. D'altra parte, tuttavia, non vorrei spingermi sino a ritenere, col Dankwardt, che il cottimo non sia, in generale, se non una locazione di opere con annesso un patto speciale circa il modo di pagamento della mercede; perchè sappiamo che il cottimo può rientrare anche nella locazione d'opera. Si può invece ritenere che il cottimista subordinato si limiti a promettere di mettere a disposizione altrui la attività di lavoro, quantitativamente indeterminata, che è necessaria per raggiungere un determinato risultato, sul quale la mercede sarà soddisfatta ²⁾.

Perciò si deve riconoscere la possibilità che un imprenditore possa essere obbligato ad assicurare i cottimisti addetti alla sua azienda (art. 3, testo unico, inf. lav.). Data la limitazione di questa legge al lavoro subordinato, questa disposizione è anche una conferma del nostro concetto.

241. La conclusione è dunque che risulta provata la sussumibilità del lavoro a cottimo nella cerchia della locazione d'opere ³⁾; il cottimo, cioè, attenua, ma non esclude per necessità il rapporto di subordinazione ⁴⁾. Si può a questo punto asserire la sussumibilità del lavoro a tempo nella locazione d'opera? È stato affermato ⁵⁾; ma io non vi credo affatto.

¹⁾ Cfr. HACHENBURG, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, p. 41, sg.

²⁾ Per la sussumibilità del cottimo nella locazione di opere cfr. SALEHILLES, in *Bulletin de la Société des étud. légis.*, 1906, 498. LEROY-BEAULIEU, *Traité*, cit. II, p. 257 (il cottimo diminuisce, ma non elimina la subordinazione: massima troppo assoluta); GROUSSIER, in PERREAU e GROUSSIER, *Le contr. de travail*, cit., p. 81; STADTHAGEN, *Arbeiterrecht*, p. 81, 191. Ammettono pure la sussumibilità del cottimo nella locazione d'opere PIC, *Traité*, cit., n. 873 bis; MARTINI, op. cit., p. 17, 31 (che ritiene conforme la giurisprudenza francese; ma, a torto, finisce col non applicare l'art. 1153, 3 all'operaio cottimista, come se per questo non vi fosse la subordinazione richiesta dall'articolo 1153!; op. cit., p. 66); ENNECCERUS, *Lehrb.*, § 277; COSACK, *Lehrb.*, § 147; CROME, *System*, II, 2, p. 258, nota 31.

³⁾ Ciò è ammesso esplicitamente nell'art. 329 Cod. fed. obbl. Il BERNHARD, cit., p. 218, fa della direzione del lavoro per parte dell'industriale addirittura un presupposto del cottimo: il che è eccessivo. Lo è del cottimo subordinato!

⁴⁾ Da ciò si induce come non sia vera la massima: che le opere non si possono misurare se non coll'apposizione di un termine, cioè delimitandole nel tempo. Ciò è vero spesso, ma non sempre; perchè può bastare la determinazione data dal risultato (che del resto ha implicito il termine, sia pure non prevedibile esattamente, necessario per compierlo). Contro cfr. LÖTNER, op. cit., II, pag. 926. Le opere si possono cioè misurare coll'effetto, non colla sola loro lunghezza.

⁵⁾ Ad es. RIEZLER, opera cit., pag. 41; DERNBURG, *Bürg. Recht*, II, § 317;

Non vi credo perchè se il cottimo può non contrastare alla struttura della locazione d'opere, non è vero che il lavoro a tempo si concilia col lavoro autonomo. Il cottimo implica una almeno parziale assunzione dei rischi della difficoltà del lavoro: ma rimane al creditore del lavoro tanta ingerenza e tanta parte di rischio da autorizzare la subordinazione a lui del lavoratore. Ma il lavoro autonomo, si noti, indica accentramento nel lavoratore della gestione del lavoro, quindi accolto a lui dei rischi del lavoro, quindi anche attribuzione a lui della facoltà di direzione. Ora: la retribuzione non può, dunque, non risentire la pressione di questa situazione: cioè, soprattutto, dei rischi del lavoro; diversamente sarebbe come escludere la sopportazione dei rischi, cioè l'autonomia di lavoro: perchè, per quanto i rischi si limitino, contrattualmente, è certo che non possono essere al tutto eliminati. Quale la conclusione? Che la retribuzione del lavoro autonomo non può dunque essere commisurata al tempo, senz'altro, poichè questo è un criterio fisso, immancabile, e implica l'esonero dal rischio, da qualunque rischio: è perciò appunto che, come s'è visto, la locazione di opere è specialmente lavoro a tempo; il cottimo rappresenta una zona estrema della locazione d'opere verso la locazione d'opera. Se, insomma, potremo trovare non sempre vero (benchè vero spesso) che le *operae* si distendano nel tempo, è però certo che nell'*opus* vi ha la contemplazione contrattuale di un risultato, e in un modo assai più energico e sostanziale che non lo sia nel lavoro subordinato a cottimo. Ed al risultato deve, tipicamente, essere subordinata, perciò, la retribuzione ¹⁾.

Quest'opinione è confortata dall'art. 1627, n. 3, che alludendo alla locazione d'opera la definisce la locazione « degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo » ²⁾. È vero che questa assoluta identificazione è inesatta: sappiamo che il cottimo si estende anche alla locazione d'opere; ma è un indice della inconciliabilità della locazione d'opera con una forma diversa dal cottimo. E quest'impressione è corroborata dalla disciplina di questa locazione d'opera: negli articoli 1634 sg. non vi è un solo accenno che autorizzi a pensare che la legge si riferisca anche al lavoro a tempo. Ad ogni modo non è questo un argomento perentorio, lo ammetto volentieri: perchè si può ritenere che la legge abbia inteso, qui, riferirsi solo ai casi più comuni e, direi, paradigmatici. Il vero, soprattutto, è che l'inconciliabilità del

STADTHAGEN, *Arbeiterr.*, cit., p. 102; ROSIN, cit., I, p. 153 (che cita l'uso presso certe imprese di costruzioni in Amburgo, ivi, nota 26, e il *Küfermeister* pagato a tempo in certe grosse aziende di vino).

¹⁾ In questo senso l'opinione forse più comunemente accolta. Cfr. LOTMAR, cit., II, p. 866 sg.

²⁾ E cfr. spec. l'art. 1646, di cui sopra, p. 727, nota 5.

lavoro a tempo colla locazione d'opera proviene dall'impossibilità concettuale di una locazione d'opera in cui il lavoratore sia sottratto totalmente al rischio della sua gestione. Quindi: se anche la legge non contenesse neppur quell'accento al cottimo, la soluzione non potrebbe che essere quella imposta dalla natura dei rapporti ¹⁾.

Ma prevedo una, anzi più obiezioni che mi si possono muovere facilmente.

Anzitutto mi si può opporre che vi sono casi di lavoro indubbiamente autonomo pagato con mercede proporzionata al tempo: di solito pagata a rate equidistanti, a seconda di date unità di tempo. Incarico una ditta di lucidare i mobili di casa mia, e si pattuisce un compenso giornaliero ²⁾. Oppure un'impresa di trasporti fissa pel servizio dei viaggiatori una tariffa a ore. La risposta non mi par difficile: in realtà è sempre mercede proporzionata al risultato, ma suddivisa, nel pagamento, in rate successive ³⁾. Ma, si dirà, e la sopportazione del rischio? È dunque una retribuzione certa, che eliminerà il rischio caricandolo sul creditore del lavoro? No certo.

Anzitutto è da por mente che questo sistema di retribuzione, apparentemente a tempo, presuppone che si tratti di un lavoro continuato che si distenda nel tempo, non solo: ma, soprattutto, di un « servizio », in cui il risultato è conglobato coll'attività e prodotto contemporaneamente allo sviluppo dell'attività per raggiungerlo ⁴⁾. Sono casi in cui talora si è disconosciuto la sussistenza di un risultato, per non vedere se non un puro spiegamento di attività; a torto,

¹⁾ A differenza del ragionamento fatto dallo STADTHAGEN, cit.: per cui la conciliabilità della mercede a tempo col lavoro autonomo è imposta dal fatto che, col suo silenzio, la legge (Cod. civ. germ.) non vi si oppone. Una norma a tutta prima incompatibile col lavoro a tempo sembra essere quella di cui all'art. 1641. E infatti anche il LOTMAR, op. cit., II, p. 867, fa assegnamento sul § 649 Cod. civile germ. (corr. al nostro art. 1641). Quel « tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa » presuppone un compenso riferentesi all'impresa; se fosse ammesso il tempo di lavoro come criterio cui la mercede si riferisce, il lavoratore avrebbe ottenuto solo la mercede proporzionale al tempo di lavoro fatto, più una determinata indennità. E sia pure (benchè, col SINZHEIMER, appr. cit., p. 318, io credo applicabile il 1641 anche al lavoro a tempo: concessione della totalità della mercede a tempo che il lavoratore per tempo determinato avrebbe guadagnato: s'intende, detratti i risparmi eventuali di spese, ecc.). Ma non può l'art. 1641 presupporre, puramente, la forma tipica normale di locazione d'opera come lavoro a cottimo? Come si vede non è un'argomentazione assolutamente infallibile.

²⁾ Cfr. SINZHEIMER, in *Arch. für das bürgerl. Recht*, 1910 (XXXIV), p. 318.

³⁾ Cfr. pure LOTMAR, cit., II, p. 868.

⁴⁾ Cfr. su ciò sopra, p. 666. Un caso tipico in proposito è quello del trasporto. Le vetture pubbliche si noleggiavano e si pagano secondo unità di tempo; eppure si ha senza dubbio una *locatio operis*: e lo stesso deve dirsi di un abbonamento a un paleo di teatro per un tempo determinato.

come sappiamo ¹⁾. Notiamo: non dico che questo sia un presupposto indispensabile, perchè quell'apparente pagamento a tempo si verifichi, dico che è quasi sempre in casi di questo genere che il fatto si verifica. E non basta ancora. Si deve por mente a un'altra peculiarità di questi casi: che, cioè, in essi il rischio è di solito ridotto a un minimo, cosicchè la possibilità che si verifichi un danno al creditore del lavoro, in virtù di quella forma di pagamento, si riduce a una ipotesi quasi inverosimile ²⁾.

Quasi inverosimile: ma se si verificasse? Se, ad es., il lavoro fosse mal fatto, il risultato quindi non raggiunto? O se per difetto della materia prima o dello strumento di lavoro somministrati dal lavoratore (autonomo!) occorresse più tempo di quello previsto dal creditore del lavoro? È in questi casi, appunto, che la natura tipica del rapporto, come locazione d'opera, erompe invincibilmente (cfr. sopra, n. 221). Perchè non è a credere che il creditore del lavoro abbia inteso assumersi quei rischi: se il risultato è stato mal ottenuto, o se occorre maggior quantità (tempo) di lavoro, si tratta di un rischio che dovrà accollarsi al lavoratore; che il creditore del lavoro non se ne curi, trascurando, ad es. per la difficoltà della prova, di far valere il proprio diritto a una riduzione della mercede, non è una ragione per disconoscere la verità teorica di questa soluzione. Il lavoratore potrà solo opporre che non si tratta di un rischio che ha causa in un fatto rientrante nella organizzazione del lavoro a lui incombente: può asserire che tutto fu normale; ma che il calcolo preventivamente fatto del tempo risultò erroneo. E in tal caso, se non fu determinato contrattualmente il limite di tempo (come apparente criterio di pagamento della mercede) in base al preventivo ³⁾, il rischio è a carico del creditore del lavoro.

¹⁾ Così in rapporto a questo argomento proprio il RÜMELIN, op. cit., p. 103. Cfr. sopra, p. 605 sg.

²⁾ In certi casi il rischio è solo apparentemente escluso. Es. se un precettore, come lavoratore autonomo (cfr. sopra, p. 657, 659), è pagato a mese, che rischio potrà gravarlo? Ma, ad es., la possibilità che la più dura cervice dell'allievo lo costringa a un maggiore dispendio di energie! Vnol dire che in tal caso, se la mercede globalmente non è fissata, il rischio del maggior tempo occorrente sarà a carico del creditore del lavoro. Naturalmente se, col RÜMELIN, op. e l. cit., si ritiene che qui vi sia prestazione di attività, non un risultato di lavoro, col sussidio del vecchio e comune criterio errato, si può anche ritenere una locazione d'opere, ma a torto!

³⁾ Cfr. sopra, n. 222 e 224. Il LOTMAR, cit. II, p. 868 e 778, presuppone sempre che sia determinato *a priori* l'ammontare della mercede, così come la quantità del risultato di lavoro; per modo che si tratterebbe solo di una distribuzione della mercede in più rate. Ma può essere che l'ammontare sia indeterminato, perchè non sia prevedibile esattamente la durata del lavoro. In tal caso è certo che manca una mercede fissa; questa è variabile, pur essendo determinato il risultato; variabile a seconda della durata, cioè della quantità di lavoro. Che ciò sia

Perciò la conclusione, in base a questi casi, è che realmente la forma di mercede a tempo implica una parziale, limitata, assunzione del rischio della difficoltà di lavoro per parte del creditore di quest'ultimo: ma già sopra vedemmo come non sia l'accollo del rischio un sicurissimo criterio differenziale tra lavoro subordinato e autonomo, anche quanto al rischio della difficoltà del lavoro.¹⁾

Questo ci conduce a prevedere un'altra possibile obiezione: si può dire, cioè, che in certi casi, come già s'è visto²⁾, in caso di non raggiungibilità del risultato il rischio può essere attenuato, nel lavoratore autonomo, sino a concedergli una remunerazione proporzionale al tempo di lavoro effettivamente e inutilmente consumato. Ora, per tale ipotesi abbiamo visto che è eliminato, in parte, il rischio dell'impossibilità; ma che il rapporto non viene affatto ricondotto a una locazione d'opere. Dobbiamo aggiungere che una attenuazione siffatta, quando sia chiaro quale risultato le parti ebbero di mira, non può sottintendersi; salvo che gli usi locali la impongano. Neppure l'equità (art. 1124) potrebbe qui sovrapporsi alla chiara volontà delle parti. Occorrerà dunque una clausola espressa, se gli usi tacciono in proposito³⁾. Ora, se questa clausola sussiste abbiamo un ritorno al lavoro a tempo? E se è così, in base al nostro assunto, vi ha mutamento del rapporto, da lavoro autonomo a subordinato? Questo accadrebbe, in tal caso, *ex post*: cessando il rapporto di funzionare le parti lo designerebbero retroattivamente come una locazione d'opere. Basta questa osservazione, per chiarire tutta l'artificialità di siffatta costruzione.

In realtà quando quella clausola sia ammessa vuol dire il più delle volte che si riconosce come possibile risultato utile anche un minor risultato conseguito dal lavoratore: la mercede è quindi proporzionata a questo risultato minore. Questo è il caso del pittore che intasca l'onorario prima di fare il ritratto, e che è autorizzato a trattenersi il quarto del denaro ricevuto se il ritratto non soddisfa o riesca male. Il Riimelin⁴⁾ pensa: ecco una locazione di opere; il pittore è

conciliabile colla locazione d'opera mi sembra certo; ma in pratica non sarà facile che l'utente del lavoro autonomo altrui si esponga a questo rischio, non determinando l'ammontare totale della mercede.

¹⁾ L'alea, a carico eventualmente del lavoratore autonomo, presuppone (cfr. sopra, n. 222) che la mercede sia determinata (globalmente, o per unità di misura).

²⁾ Cfr. sopra, n. 224, p. 666.

³⁾ Può talora esser la legge che fissa questa norma. Così è per il trasporto commerciale, in base all'art. 395 Cod. comm. Cfr. sopra, p. 605. In questo senso si può proprio affermare che nel trasporto è presupposto « come risultato utile del lavoro del vettore il trasporto infinitesimale, producibile ne' singoli attimi ». Contro cfr. ASQUINI, op. cit., p. 43. Spesso si potrà dire che il più breve percorso rappresenta un risultato minore: ma talora non può costituire forse un danno assai superiore al non inizio della spedizione?

⁴⁾ Op. cit., p. 28.

infatti pagato per la sua attività, per il semplice dispendio di energie; non così se il ritratto non riesce o è distrutto accidentalmente prima della consegna, chè allora vi sarebbe davvero locazione d'opera. Il ragionamento, cui però non si può opporre il noto difetto di invertire i termini deducendo la natura del rapporto dai suoi effetti giuridici, è errato. È errato perchè il criterio distintivo della locazione d'opera è, come sappiamo, l'accentramento della gestione del lavoro: se il creditore del lavoro, pur sopportando parte dei rischi, vi è estraneo, non vi è locazione d'opere. E questo è appunto il caso nostro: il pittore fa da sè, con propri criteri esclusivi, con propria gestione di lavoro.

Ma il Rumelin, soprattutto, allude anche a un'altra ipotesi, a quella della distruzione del quadro. Ora, è chiaro che questa ipotesi, se una mercede proporzionale al tempo di lavoro è concessa e pattuita, condurrebbe anche più in là: a accollare al creditore del lavoro il rischio dell'impossibilità del risultato, e a escludere che sussista, dunque, un qualunque risultato utile intermedio. Infatti che utilità ha per il committente, di regola, l'elaborazione inutilissima fatta dal pittore? Il suo sarà stato un capolavoro: ma che cosa è rimasto? Come possiamo dunque discorrere qui di una mercede solo apparentemente proporzionale al tempo, ma in realtà a cottimo, cioè determinata sul risultato del lavoro? L'obiezione sembra davvero insuperabile, una volta riconosciuta l'autonomia fondamentale del lavoro del pittore.

Si potrebbe, mi pare, rispondere che la mercede è anche qui solo apparentemente riferita al tempo di lavoro: invece essa sarebbe in realtà ricondotta al risultato mancato, nel senso che si tratterebbe dell'accollo al creditore del lavoro della mercede promessa pel risultato (cioè per un risultato ottenuto), ma ciò anche nel caso di risultato mancato. E questo per l'accollo del rischio relativo al debitore della mercede ¹⁾. È come se fosse convenuta una riduzione sul prezzo dovuto dal compratore per la cosa eventualmente perita, e se la riduzione fosse calcolata in base a un dato criterio estraneo affatto al valore della cosa, cioè al termine finale a cui il prezzo è ordinariamente ricondotto, ma, ad es., in base al valor d'uso della cosa stessa. Si dirà che dunque è locazione? No, è sempre vendita, ma con una clausola alternativa del rischio, che verrebbe suddiviso sulle due parti.

E così qui. Il pagamento di quella mercede non è un vero e proprio compenso per l'attività prestata (come se si trattasse di una locazione d'opera), così come quel prezzo ridotto non rappresenta affatto il pagamento dell'uso mancato, come se l'acquirente fosse considerato con-

¹⁾ L'accollo di questo rischio dell'impossibilità è ammesso anche dall'ASQUINI, op. cit., p. 31.

duttore della cosa. No; chi paga è e rimane un compratore. Invece quel pagamento non è che una parte del pagamento dell'onorario dovuto per un risultato di lavoro effettivamente conseguito, commisurato apparentemente sul tempo di lavoro impiegato. Apparentemente, perchè molte volte non vi sarà neppure un'assolutamente esatta proporzione al comune tasso di mercede per siffatto lavoro a tempo. È chiaro che tanto si può dire: vi darò una somma in base a un tanto per giorno di lavoro, quanto: vi darò una somma determinata inferiore a quella che vi darei se il lavoro vostro fosse coronato da buon successo. Dunque, riassumendo, un criterio puramente formale ed esteriore di misura della riduzione della mercede dovuta in base all'assunzione del rischio dell'impossibilità ¹⁾ per parte del creditore del lavoro autonomo.

Dopo ciò mi pare che la conclusione sia evidente: cottimo sia per la locazione d'opere, come per quella d'opera (e specialmente e tipicamente per quest'ultima). Lavoro a tempo solo per il lavoro subordinato, dove i rischi del lavoro gravano il creditore relativo. Se in qualche caso alla locazione d'opera si ha un'apparente manifestazione di mercede a tempo, in realtà è sempre un fenomeno strettamente collegato alla sopportazione del rischio per parte del creditore del lavoro. In questo senso non vi ha alcuna contraddizione.

242. Nel contratto di lavoro a tempo il periodo di tempo al quale la mercede è collegata può essere indicato una volta tanto, senza possibilità che abbia a rinnovarsi successivamente. Qui il periodo coincide sempre col termine assegnato alla vita del rapporto contrattuale. Il lavoro potrà realmente esser più breve, ma ad ogni modo non mai protrarsi oltre quel termine ²⁾. Normalmente però il periodo di tempo

¹⁾ Questa forma di accollo del rischio dell'impossibilità sarà anche meno facilmente ammissibile e frequente, in pratica, che la precedente, presupponente un risultato minore, intermedio, effettivamente raggiunto. Eppure il RÜMELIN, op. cit., pag. 110, pare propenso a generalizzarlo, argomentando dal § 612: ma mi pare difficile che, determinato chiaramente il risultato del lavoro autonomo, e la mercede in base a questo risultato, si possa autorizzare, in base alle circostanze, una aspettativa a un compenso sia pure parziale, in caso che qualsiasi risultato manchi! E infatti lo stesso RÜMELIN confessa che non gli è riuscito di trovare una formula generale soddisfacente. E non c'è da stupirsi. Certo non basta la considerazione di una doverosa tutela della posizione economica del debitore del lavoro impotente a sostenere certi rischi. Ma allora perchè si è impegnato in quelle condizioni, senza preservarsi con la clausola cautelare indicata nel testo? Anche il raggio d'azione dell'equità di cui all'art. 1124 ha pur dei limiti, di fronte alla *lex dicta*! Cosicchè il concludere, come fa il RÜMELIN, op. cit., p. 111, rimettendosi all'apprezzamento del giudice, è un modo come un altro di cavarsi d'impaccio lasciandovi il giudice o l'avvocato.

²⁾ Come quando il capo dell'azienda assume un impiegato, a sostituzione di un altro che per breve periodo sia assente dal lavoro, per questo determinato periodo,

non è che un'unità di misura, nel senso che potrà rinnovarsi successivamente fino a esaurimento del più lungo termine assegnato alla esistenza del contratto sia nel contratto stesso, sia dagli usi locali. Qui il periodo di tempo si riferisce unicamente alla misurazione della mercede; la mercede limitata a questo periodo costituisce a sua volta un'unità di misura della mercede complessiva che il lavoratore guadagnerà col suo lavoro in base al rapporto contrattuale che lo vincola ¹⁾.

Così bisogna distinguere, adunque, il periodo di tempo assunto a criterio misuratore della mercede, dal tempo che una clausola del contratto fissi all'esistenza del rapporto. Quello è essenziale nel contratto di lavoro a tempo; questo no, perchè il contratto può essere a tempo contrattualmente indeterminato, e cioè può durare quel periodo di tempo che gli usi gli imporranno in tal caso. I due periodi possono coincidere; ma per lo più non combaciano affatto.

L'unità di tempo per la determinazione della mercede (cioè della unità di misura di mercede, corrispondente a questo periodo) è più o meno lungo a seconda che l'elevatezza della mercede, la natura delle prestazioni più o meno elevate, il ceto sociale cui il lavoratore a tempo appartiene permettano a lui di attendere un tempo più o meno lungo prima di riscuotere la mercede: dalla mercede a ore, o a giornata di lavoro, si può arrivare alla mercede a settimana, a quindicina (la più diffusa oggi per il lavoro operaio industriale continuo); a mese, ad anno. Vedremo che questa misura di tempo influisce anche sulla misura del termine di preavviso, se non vi fu stipulazione di un termine contrattuale circa la durata del contratto ²⁾.

Caratteristica del lavoro a tempo è che la mercede è strettamente proporzionata al tempo effettivo di lavoro. L'unità di tempo e la corrispondente unità di misura della mercede, o tasso della mercede, non sono che criteri misuratori del rapporto tra lavoro e mercede. Ma, come il lavoro può essere di durata inferiore all'unità di tempo (al giorno, alla settimana, ecc.), così può superarla; e in esatta proporzione varia la mercede ³⁾. Le determinazioni dell'unità di tempo di

promettendogli un compenso determinato in una somma fissa per tutta questa durata. Dato che di solito l'unità di misura di tempo è breve, si tratta di solito di contratti a breve durata (quelli che il REDENTI chiama « contratti di lavoro effimeri »; *Massimario*, p. 171). Però per lo più contro la durata del contratto è stabilita una unità di misura di tempo, per la mercede minore. Cfr. Probiv. alim., 17 agosto 1914, in REDENTI, cit., n. 926.

¹⁾ Cfr. LOTMAR, op. cit., II, p. 15.

²⁾ Su tutto ciò diremo più ampiamente altrove (nel II vol.) nei luoghi opportuni.

³⁾ Perciò bene spesso i regolamenti di fabbrica, enunciano il tasso di mercede a tempo, pagabile ogni quindicina, come mercede « oraria »; per tener conto di tutte le frazioni di giornata di lavoro compiuto. In genere cfr. su questo punto

mercede non hanno, insomma, che il valore di un sistema destinato a determinare il rapporto di proporzione tra tempo, cioè lavoro, e mercede; perciò mira a facilitare il computo della mercede ¹⁾.

Nel cottimo la mercede può anzitutto non essere *a priori* determinata. Questo accade nel lavoro a cottimo autonomo (locazione d'opera), quando il tasso della mercede dipende dalla determinazione del lavoro effettivo e delle spese borsuali che il lavoratore farà ²⁾. La determinazione della mercede in tal caso sarà possibile solo a lavoro compiuto. Però anche in tal caso si potrà determinare preventivamente il prezzo del lavoro per ogni giornata. Non è, tuttavia, un caso molto frequente.

Più frequente è l'indeterminatezza nascente da ciò: che la mercede sia commisurata ad ogni unità di risultato ottenuto. Questo presuppone che il risultato consti di parti autonome e uguali perfettamente, quindi sia scomponibile per modo che la mercede di tutto il risultato, cioè della somma di quelle varie unità, corrisponda al prodotto della unità di mercede fissata per ognuna di quelle entità autonome moltiplicata pel numero di quest'ultime. Questo è il cottimo (o appalto) « a misura » ³⁾. La mercede qui è determinata per ognuna di queste unità di misura o di queste parti di cui si compone l'opera. Dico che il numero delle unità di misura può essere indeterminato: ma cionostante l'equivalente è sempre proporzionato al prodotto finale. Infatti il prezzo (P) per ogni unità di misura (M) è calcolato in modo che esso rappresenti l'equivalente di ogni singola unità considerata come prodotto finale a sè: epperò dato un numero x di unità si è certi così che $P \times x$ sarà equivalente al prodotto finale $M \times x$.

Come si vede vi è qui un evidente parallelismo colla mercede a tempo, quando sia determinata l'unità di tempo, a cui corrisponde l'unità di mercede. Anche qui, come nel cottimo « a misura », può essere *a priori* determinato il numero delle unità cui la mercede è riferita, e che determineranno la quantità di lavoro da eseguire; come

LOTMAR, op. cit., p. 90 sg.; che però dà un apparato troppo solenne e minuzioso, a una regola così elementare, per cui se un operaio è pagato a 5 lire per giorno, se lavora mezza giornata (salvo patti o usi contrari, che considerino la frazione di unità di tempo come l'intera unità) riceve L. 2,50; se lavora due giorni ne riceve 10!

¹⁾ Tre elementi occorrono dunque per determinare la mercede concretamente dovuta a un lavoratore a tempo: a) l'unità di tempo; b) il tasso della mercede; c) il tempo di lavoro effettivamente fatto.

²⁾ Che ciò sia possibile vedemmo già sopra, n. 224.

³⁾ Talora (es. App. Brescia 27 ag. 1913, *Riv. crit.*, 1913, 306) si chiama questa una locazione di lavoro a cottimo; e il cottimo a prezzo unitario, di cui appr., si designa con « appalto à forfait ». Ma a rigore il *forfait* sussiste anche nel cottimo a misura, tanto più se si tratta di lavoro autonomo.

può anche essere indeterminato. Io posso, cioè, assumere un operaio a giornata, per un tempo non determinato di x giorni; e così posso anche commettergli a cottimo un numero non prestabilito di pezzi da lavorare e allestire. Viceversa posso determinare i giorni di lavoro (locazione d'opere a tempo determinato), o il numero dei pezzi che dovrà sotto la mia direzione, o con lavoro autonomo, allestire. Nella prima ipotesi può l'indeterminatezza essere assoluta (quando nessun limite di tempo sia posto all'attività del cottimista); può essere, in caso contrario, relativa: quel numero x di unità di risultato, o di pezzi che il lavoratore potrà elaborare in un determinato periodo di tempo. L'importanza di distinguere i due casi è solo quanto alla determinatezza o no del guadagno complessivo. Quando sussista indeterminatezza assoluta o relativa del numero di pezzi evidentemente vi è la possibilità di un incremento nel guadagno complessivo, sino a una cifra non conosciuta, prevedibile però, non solo per approssimazione, se l'indeterminatezza è solo relativa. Qui dunque, tanto più se è assoluta, si verificano gli inconvenienti che al cottimo furono rinfacciati, e che si riassumono per una parte in una affaticante intensità di lavoro, per l'altra nella possibile deficienza qualitativa del lavoro, cagionata dall'impulso al massimo incremento di produzione ¹⁾.

In secondo luogo nel cottimo la mercede può invece essere determinata, indipendentemente dal cottimo a misura, quindi dalla determinazione del numero di pezzi da eseguire, in due modi:

a) Quando il risultato complessivo consti di più parti diseguali, non autonome, ma collegate l'una coll'altra come parti di un tutto, e per ognuna sia stata determinata una mercede, anzichè fissare una mercede unitaria per il risultato complessivo ²⁾. È un'ipotesi che non ha che scarsa importanza giuridica: può rilevare solo nel senso che non sempre compiuta ognuna di queste parti il lavoratore ha diritto alla corrispondente mercede. Siccome però vi è un nesso tra le parti è da ritenere che non vi siano tanti cottimi quante sono le parti, cioè si tratta in sostanza di un modo speciale di computare la mercede complessiva per tutto il lavoro.

b) Assai più importante e semplice è invece il caso di una mercede unitariamente fissata per il risultato complessivo, cioè il cottimo « a prezzo fatto » o « à forfait ». Meglio: cottimo a prezzo unitario, globale ³⁾. Questo presuppone, così come il caso precedente, che il risultato non sia scomponibile in più parti autonome. Esso è quindi considerato globalmente, indivisibilmente. Questo cottimo è preva-

¹⁾ SCHLOSS-BERNHARD, op. cit., p. 36 sg.; LOTMAR, op. cit., II, p. 463.

²⁾ Cfr. LOTMAR, op. cit., II, p. 462.

³⁾ Cfr. in genere VITA-LEVI, *Loc. d'op. ed appalti*, II, n. 76, o 85; LION, *Tratt. di legge dei lavori pubbl.*, p. 457.

lente ¹⁾ nel lavoro autonomo (locazione d'opera): la determinatezza del risultato spesso è incompatibile con quel carattere più o meno indefinitivamente duraturo del rapporto che negammo essere carattere essenziale della locazione d'opere, ma che tuttavia per esso si verifica il più delle volte, data la continuità dell'azienda in cui il lavoro non è che uno degli elementi. Dato ciò, e data anche, e soprattutto, la natura sua, sfugge a molte delle accuse formulate dai lavoratori contro il cottimo ²⁾. Ha una larghissima applicazione nel dominio della locazione d'opera, tanto che la dottrina e la giurisprudenza spesso lo chiamano senz'altro « appalto à forfait » o per aversione, ecc. Anche qui si rileva il parallelismo col lavoro a tempo unitariamente fissato: caso, come s'è visto, non molto frequente, nella locazione d'opere.

Nella locazione d'opera, dunque, si può dare il cottimo in tutte le sue forme: a misura, o a prezzo unitario. Nei due casi non vi sono radicali differenze giuridiche: quel che importa, ad es., per il rischio della *bonitas operis*, è che il lavoro sia autonomo ³⁾. Differenze vi possono essere invece quanto al tempo della consegna del risultato di lavoro: quindi quanto al tempo e alla forma di collaudo (cfr. in proposito l'art. 1638). Ma quanto al rischio del lavoro non vi ha differenza alcuna: che l'art. 1640 preveda in proposito solo il cottimo a prezzo unitario, è un caso; la legge ha solo inteso regolare un'ipotesi, dettando una norma che è assai più generale e comprende anche il cottimo a misura ⁴⁾.

Riassumendo: il lavoro a tempo è divisibile; il cottimo a misura lo è pure; non lo è invece il cottimo a prezzo unitario. Quando si asserisce che le *operae* sono divisibili, mentre non lo è l'*opus*, se si intende *opus* come risultato di lavoro autonomo in genere e non in specie a prezzo aversionale, non si dice una cosa esatta ⁵⁾.

¹⁾ Ma non esclusivo: si può dare anche se si tratta di contratto di lavoro subordinato per breve durata, e in cui non vi è determinazione del tempo, neppure quanto alla misura della mercede, ma solo del risultato che, sotto la guida e la responsabilità del creditore del lavoro, il lavoratore dovrà raggiungere. E però caso rarissimo, in pratica. Il cottimo a prezzo unitario in realtà è tipico della locazione d'opera.

²⁾ Circa i metodi di misurazione del lavoro a cottimo cfr., in *Archiv für soc. Gesetzgebung*, 1902.

³⁾ Così GIAVOLENO, fr. 51 § I h. t.: « Nec enim quicquam interest utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur: si modo universitas consummationis ad conductorem pertinet ».

⁴⁾ Si può eccitare nel cottimista un'intensificazione nella qualità del lavoro, nella esattezza di consegna, nel risparmio di spese ecc., coi premi per le due forme di cottimo (LOTMAR, cit., p. 156, sg.). I premi sono pure frequenti nel lavoro a tempo, come sappiamo.

⁵⁾ Esattamente GIORGI, *Obblig.*, I, n. 252-253. L'ABELLO, *Locaz.*, III, p. 21,

243. È stato asserito che nel lavoro a tempo è insostituibile la persona del lavoratore (quindi lo è anche parzialmente, in forma di aggregazione al lavoratore di altri che lo coadiuvino: è questo che ci interessa, ora), mentre è da ritenersi il contrario per il lavoro a cottimo ¹⁾. La ragione di quest'opinione, in cui vi ha certamente del vero, è evidente, e si ricollega alla distinzione sostanziale tra le due forme di contratto di lavoro. Nel lavoro a tempo la mercede è commisurata al tempo, non al rendimento effettivo del lavoro: sappiamo perciò che l'approssimazione qui può essere molto notevole, e che il creditore del lavoro si preoccupa, mediante le cautele che abbiām ricordato, di garantirsi il maggior possibile rendimento. Dopo ciò si capisce che la persona del lavoratore assuma una speciale importanza agli occhi dell'altro contraente; che potrà fidarsi di lui ma non di un altro, che il lavoratore intenda sostituire a sè nell'attuazione del lavoro. E su questo non vi è nulla a ridire: questa forma di lavoro (a tempo), che è sempre subordinata, accresce il grado di fiduciarità del rapporto ²⁾. Ma vi ha dippiù: anche dal punto di vista del lavoratore a tempo la sostituzione parziale dell'attuazione del lavoro non può avere importanza alcuna: che interesse ha infatti all'incremento, e alla sollecitudine nella produzione? E perchè dovrebbe aver interesse, quindi, ad aggregarsi altri che lo coadiuvi, sostituendolo parzialmente, nel lavoro? ³⁾. Si può quindi ritenere, se non assolutamente escluso, come ritenne qualcuno, almeno assai raro che il lavoratore a tempo abbia a provvedere un collaboratore a sue spese. In proposito bisogna però distinguere: quanto s'è detto esclude l'interesse del lavoratore a tempo a provvedersi di un collaboratore a proprie spese; ma non esclude che possa essere obbligato a farlo, intendendosi con ciò che la mercede a tempo a lui attribuita si riferisca anche al lavoro dell'ausiliario ⁴⁾.

Dopo ciò par logico concludere in senso opposto per il lavoro a cottimo: qui il lavoratore è interessato al massimo possibile rendi-

ritiene senz'altro divisibili le opere, indivisibile l'opera. Qualcosa di simile significa pure l'opinione di chi vede l'unità della prestazione solo nella locazione di opere (es. OERTMANN, *Kommentar zum b. G. buch.*, § 611). Il RÜMELIN, cit., p. 46, obietta che allora vi è unità anche nel lavoro a tempo (un'ora di lavoro è prestazione unitaria). Ma non è così che si intende la unità, qui.

¹⁾ LOTMAR, op. cit., II, p. 485.

²⁾ Cfr. sopra, p. 639.

³⁾ Cfr. LOTMAR, op. cit., p. 486.

⁴⁾ E questo, a indurre dalla fattispecie di eni alla sentenza dei Proviv. Torino, 10 agosto 1906, *Contr. lav.*, 1906, 357, parrebbe il caso dei riquadratori a Torino, se è vero che nella fattispecie trattavasi di un operaio a tempo dipendente da un cottimista; operaio che aveva l'obbligo (con una paga di L. 3,50 giornaliera) di fornirsi un garzone.

mento, quindi ad aggregarsi eventualmente altri che lo coadiuvino. Ma si può anche sostenere che di regola, siccome la mercede è proporzionata al risultato, così « al creditore del lavoro, che deve la mercede solo per tale risultato, non importa affatto se e fino a che punto il lavoro a ciò necessario sia compiuto dal debitore del lavoro o da un terzo »¹⁾. Io per parte mia ne dubito: non importa, di regola, quando il lavoro è autonomo; può invece importargli, e come!, se è subordinato. Perchè questo è sostanzialmente diretto ed attuato coi criteri tecnici dell'industriale, cui preme che quantitativamente il lavoro sia abbondante, e qualitativamente sia buono: sappiamo che questa è la massima preoccupazione per l'imprenditore, quanto al troppo frettoloso lavoro a cottimo! Quindi anche qui vi è la garanzia che al creditore del lavoro offrono le qualità personali del cottimista debitore del lavoro²⁾. Come si vede ancora una volta il Lotmar è stato vittima della sua distinzione fondamentale di lavoro a tempo e a cottimo e dell'aver trascurata l'altra di locazione di opere e di opera.

Dunque io non credo che di regola, tacendo il contratto e le consuetudini, il cottimista subordinato possa aggregare altri lavoratori nell'adempimento delle sue mansioni³⁾. È però vero questo: che la natura del contratto comporta più facilmente assai che non per il lavoro a tempo l'aggregarsi di collaboratori. E questo accade in pratica sotto varie forme.

Non è facile riassumere sia pure nelle linee generali gli elementi comuni a ogni cottimo collettivo⁴⁾ così per ciò che concerne la sua organizzazione interna come quella esterna. Poichè si tratta di un fenomeno che in realtà assume manifestazioni svariate. E anzitutto dobbiamo, quanto all'organizzazione esterna, cioè ai rapporti coll'imprenditore, ammettere una distinzione fondamentale tra le organizzazioni collettive che si trovano giuridicamente vincolate direttamente verso l'imprenditore (quello che chiamerò per farmi intendere « cottimo collettivo subordinato », il *contrat d'équipe*); e quelle che con l'im-

¹⁾ LOTMAR, op. e l. cit.

²⁾ Di questo avviso è anche il BERNHARD, *Die Akkordarbeit*, p. 221-222. Il quale ricorda giustamente come il lavoro a tempo sia trasformato in cottimo per quei lavoratori che abbiano dato già sicuro affidamento delle proprie attitudini come cottimista.

³⁾ Quanto al lavoro autonomo, è un altro affare; qui il lavoratore ha l'organizzazione del lavoro; può perciò giovare di collaboratori. È un fenomeno che studieremo più avanti. Qui mi interessa solo il lavoro a cottimo subordinato. Per l'autonomo cito, tra gli altri esempi, anche il lavoro a domicilio, in cui spesso è la famiglia che collabora col debitore del lavoro.

⁴⁾ Praticamente non è escluso anche il « premio » (cfr. p. 762, nota 4) collettivo: alludo qui al premio come cottimo. Ma di solito è individuale. Ciò è ad es. espressamente detto nell'art. 5 del Regol. sul trattamento della mano d'opera, ecc. nello stabilimento della società Pirelli e C. di Milano e Greco.

prenditore non hanno alcun rapporto diretto, ma solo con il cottimista che le ha costituite, e a cui l'imprenditore si è rivolto (il « cottimo collettivo autonomo », o *marchandage*). Nella prima ipotesi dell'imprenditore si diparte un fascio di rapporti che mettono capo a ognuno dei partecipanti al cottimo, ivi compreso il capo cottimista o capo squadra. Nella seconda l'imprenditore non ha rapporto che col capo cottimista; a questi mette capo, invece, il fascio di rapporti con i partecipanti ¹⁾).

La prima ipotesi offre certo la situazione più semplice: l'imprenditore ha rapporti direttamente con un nucleo di lavoratori: qui il gruppo dei lavoratori dipende interamente, in tutti i suoi partecipanti, dall'imprenditore (perciò l'abbiamo chiamato « cottimo collettivo subordinato »). È a questo caso che molti limitano il cosiddetto « cottimo collettivo » ²⁾. Noi invece estendiamo questo concetto anche alla seconda ipotesi, intendendo per cottimo collettivo, in generale, l'assegnazione di un lavoro a cottimo fatta a un solo operaio (subordinato), ma di cui l'attuazione presuppone la cooperazione di più lavoratori, scelti dal capo cottimista; questa definizione è vera qualunque sia la veste effettiva del capo cottimista.

Intanto, quanto alla prima ipotesi, avvertiamo subito che essa può anzitutto attuarsi mediante l'interessamento di un lavoratore dipendente dall'industriale, a cui questi commette un dato lavoro a cottimo, autorizzandolo a scegliersi dei cooperatori che dipenderanno dall'industriale; oppure può attuarsi senza l'intervento di questo intermediario, quando lo stesso industriale o imprenditore assoldi una squadra di lavoratori, tra cui non sussista un capo. Il fenomeno non è, nei due casi, dissimile se non per ciò che riguarda l'esservi o no un intermediario a cui sono dall'imprenditore delegate alcune delle sue facoltà direttive ³⁾; ma anche qui vi ha il cottimo collettivo subordinato

¹⁾ Cfr. LOTMAR, op. cit., II, p. 511, sg. Il primo sistema fu detto « democratico »; il secondo « monarchico » (cfr. BERNHARD, *Die Akkordarbeit*, p. 179). Questa designazione è esatta, in quanto rileva nel primo l'egual condizione di tutti i partecipanti, in cui il capo-cottimista non ha che una supremazia limitata; e la subordinazione invece nel secondo dei partecipanti al capo-cottimista. Naturalmente non bisogna esagerare l'importanza di questi appellativi. Tanto più che il carattere monarchico del primo non è sempre tirannico: non lo è quando l'intera struttura del gruppo sia atteggiata a società.

²⁾ Il « Gruppenakkord » germanico non comprende il secondo caso. Cfr. LOTMAR, op. cit., p. 513.

³⁾ Di questo caso discorre la sentenza del Pretore di Pisa, 29 marzo 1906, *Contr. lav.*, 1906, 173. Si trattava del lavoro di scarico da navi in un porto; queste « carovane di operai non mettono capo ad alcuno: sono gruppi di operai che lavorano uniti, senza ubbidire per altro ad un capo; non può quindi ritenersi che fra il principale e gli scaricatori vi sia di mezzo un'altra persona che possa considerarsi come un cottimista che poi suddivide il lavoro con altri operai... ».

nei suoi elementi più tipici: le regole fondamentali del cottimo collettivo subordinato valgono adunque anche per questo caso ¹⁾.

A me interessa qui soprattutto il caso in cui (sempre nei limiti della prima ipotesi) vi sia un capo cottimista intermediario a cui è commessa l'assunzione di partecipanti estranei all'azienda dell'industriale. In questo caso il capo cottimista, a cui è delegata la scelta, stipulando i nuovi contratti di lavoro agisce come rappresentante dell'industriale a cui i nuovi rapporti giuridici mettono capo ²⁾. Un secondo caso (il più frequente) è quello in cui i partecipanti siano reclutati dall'imprenditore (come presupporremo d'ora innanzi), o direttamente dal capo cottimista tra gli operai già alla dipendenza dell'imprenditore. Qui non vi è dubbio alcuno che, come il capo-cottimista, così anche gli altri partecipanti continuino, anche durante l'esecuzione del cottimo collettivo, a dipendere dall'industriale. In tal caso si può senz'altro asserire che tra quest'ultimo e quelli continua a sussistere il rapporto di locazione d'opere; che perciò la direzione affidata al capo squadra non elimina affatto il controllo vigile dell'imprenditore ³⁾. Assai diversa è invece l'altra ipotesi (partecipazione al cottimo collettivo di lavoratori estranei all'azienda): e io credo ⁴⁾ che vada risolto coll'escludere, di regola (ma non necessariamente: qui il capo cottimista può aver agito a nome dell'industriale), rapporti diretti tra l'imprenditore e i partecipanti: che tuttavia, per le ragioni già date (p. 663), non sottraggono l'imprenditore all'obbligo di assicurare lui stesso contro gli infortuni quei collaboratori estranei del capo squadra. Il quale dunque, in tal caso, è centro di una organizzazione di lavoro.

¹⁾ Questa è però sempre una forma rudimentale di cottimo collettivo subordinato; e presuppone un lavoro così semplice che non occorra l'intervento di un capo-cottimista a cui è affidata la responsabilità dell'organizzazione interna del cottimo collettivo, se non al più come tramite per comunicare le istruzioni dell'industriale, e fare il pagamento della mercede secondo le quote determinate dall'imprenditore. Cfr. BERNHARD, *Akkordarbeit*, p. 196-197.

²⁾ Cfr. per qualche relazione Probiv. Edilizie, Torino, 25 sett. 1903, *Massim. del REDENTI*, n. 470. Non mi è però risultato ben chiaro se qui si discorra proprio di cottimo collettivo.

³⁾ Così è appunto nel caso che poi ricorderemo degli stabilimenti metallurgici di Milano: gli operai scelti dal capo squadra eseguono sotto la direzione del capo squadra e il controllo della ditta i lavori dati a cottimo collettivo.

⁴⁾ Dei due sistemi (cott. coll. auton. o subord.) il meno esposto alle critiche è certo il primo. Il cottimo collettivo della seconda specie si intendeva un tempo, quando, specie al sorgere del macchinismo, la mano d'opera era inesperta, e non molto progredita la divisione del lavoro. Allora gli industriali dovevano trovar più comodo riversare su un capo tecnico capace l'organizzazione e quindi i rischi del lavoro. Cfr. BERNHARD, *Die Akkordarbeit*, p. 152, sg. Ancor oggi questo sistema è diffuso (è quello avuto in mira dalle nostre leggiatrici del lavoro), perchè è comodo per gli industriali, che lo conciliano con la subordinazione ad essi del capo-cottimista: quindi con il riassorbimento di quella minuscola nella propria principale organizzazione.

244. A qualche maggior difficoltà dà invece luogo l'altra situazione), cioè il cottimo collettivo autonomo, in cui l'organizzazione è estranea all'imprenditore: estranea, però, fino a un certo punto, come vedremo ¹⁾. Questo a tutta prima ci si presenta come quello che presenta più decisi i nessi di contorno, e quindi meglio determinata la fisionomia dei rapporti. Perchè si può dire: abbiamo due categorie di rapporti che sono differenti, non coincidono se non nell'uno dei termini (il capo cottimista o capo squadra). Ma anzitutto si tratta di due ordini di rapporti (tra l'imprenditore e il capo squadra; tra questi e i partecipanti) strettamente connessi l'uno coll'altro, perchè l'uno non è che l'attuazione dell'altro; si capisce che l'imprenditore ha un vivissimo interesse a che il cottimo sia eseguito; così come gli operai partecipanti un interesse altrettanto vivo acciò il rapporto tra il loro capo e l'imprenditore abbia la sua normale attuazione (in specie quanto al pagamento del cottimo). Vi è insomma una circolazione sanguigna dall'uno all'altro rapporto: già questo attenua quella apparente nitidezza di contorno, e fa capire come sia possibile qui pure, così come in altri casi, quel fenomeno di endosmosi ed esosmosi che è stato sanzionato nella sublocazione di cosa (art. 1574), nei rapporti tra committente e gli operai assunti dall'appaltatore dei lavori (art. 1645).

E in realtà che si tratti di sublocazione non può esser dubbio. I partecipanti dipendono dal cottimista, che li ha assunti, che distribuisce il lavoro, e lo dirige e sorveglia, applicando i criteri tecnici cui egli deve informare la sua attività nel cantiere o stabilimento in cui è occupato ²⁾. Ad essi paga la mercede, secondo criteri che possono variare, come poi vedremo; ma in ogni caso la mercede è pagata con il compenso che il capo riceve dall'imprenditore per l'assunzione e l'esecuzione del cottimo. Dunque una sublocazione: ma un subappalto? È questo un argomento su cui già ci siamo per poco soffermati; abbiamo visto che in realtà il cottimista può rimanere, malgrado questa orga-

¹⁾ In questo senso PIC, *Traité*, cit., p. 941, sg.

²⁾ Anche perciò questo cottimo collettivo non va confuso con la commercializzazione del lavoro propugnata, come s'è visto (p. 703), dal GUYOT (cfr. anche FOURNIÈRE, *Ouvriers et patrons*, p. 87). Il progetto del G. appartiene all'avvenire; il cottimo collettivo è largamente diffuso già oggi. Qui vi ha un intermediario tra industriale e operai, un intermediario che rimane subordinato all'industriale; là invece di fronte all'industriale non sussiste che un'associazione di operai che assumono in modo autonomo un dato risultato di lavoro; e tutt'al più trattano coll'industriale a mezzo di un mandatario, che non è intermediario nel senso in cui lo è il cottimista. In fondo però l'idea del GUYOT non è che la generalizzazione del subappalto, figura affine al cottimo collettivo che stiamo esaminando: « le imprese industriali debbono diventare sempre più una serie di subappalti » (GUYOT, op. cit., p. 277).

nizzazione di lavoro che mette capo a lui, un lavoratore subordinato, di fronte all'imprenditore. Questo è anzi un caso molto frequente: l'organizzazione principale del lavoro rimane nell'imprenditore, che impone i propri criteri tecnici di lavoro, e vigila o fa vigilare il cottimista ¹⁾. L'unica differenza, in confronto al cottimo comune, è che il cottimista qui si aggrega un numero più o meno rilevante di collaboratori, che da lui dipendono, e con cui l'imprenditore non ha rapporti. Il capo squadra in sostanza non fa, ripeto, che dirigere il lavoro applicando quei criteri tecnici che l'imprenditore esige da lui. E che una minuscola organizzazione di lavoro ²⁾ possa metter capo anche al cottimista, malgrado la sua posizione subordinata (inconciliabile con quella di « imprenditore »), si spiega solo nei limiti di quella relativa maggior libertà di cui il cottimista (subordinato, si intende), come abbiám visto, gode come tale in confronto al lavoratore a tempo ³⁾. Si può dire, insomma, che vi è, sì, una certa autonomia nel lavoratore cottimista (una limitata autonomia: cioè quel tanto che, come vedemmo, è compatibile con la fondamentale organizzazione del lavoro nell'altra parte ⁴⁾: l'imprenditore); ma questa relativa autonomia non serve già ad attuare l'interesse proprio del cottimista, ma quello dell'imprenditore.

In sostanza si tratta di una delle manifestazioni dell'interposizione di un intermediario tra chi commette un lavoro e chi lo attua. L'intermediario può essere lavoratore autonomo, e allora abbiám il subappalto; oppure lavoratore subordinato (locatore di opere), come è il caso di cui ora abbiám discorso. La figura del cottimo collettivo si riferisce solo a quest'ultima ipotesi: nel caso precedente non abbiám che la consueta locazione d'opera. È anche evidente che il cottimo collettivo (e questo è vero specialmente per il cottimo collettivo autonomo) soffre dei medesimi inconvenienti ⁵⁾ a cui più o meno dà origine questa interposizione nelle sue varie forme, diverse dalla categoria che qui ci interessa: alludo anche alla mediazione ⁶⁾. Cioè (a

¹⁾ Giuridicamente forse riconosciuta dallo stesso art. 1646, se (cfr. sopra, p. 727, nota 5) lo si riferisce ai fabbri, ecc. come lavoratori subordinati, cui quindi si estenda la responsabilità pel fatto dei loro dipendenti, secondo l'art. 1644.

²⁾ Anche qui questo punto di vista del lavoro autonomo o no, come al solito, è stato trascurato nella pur ottima analisi del LOTMAR, fedele sempre alla sistemazione che egli ha voluto dare alla materia del contratto di lavoro.

³⁾ « quella autonomia per cui il cottimo si traduce in appalto ». Cassaz. Roma, 4 apr. 1911, *Contr. lav.*, 1911, 17: proprio a proposito del cottimo collettivo. Cfr. altre citaz. nel nostro senso ancora appr.

⁴⁾ Cfr. ROSIN, *Arbeiterversicherung*, I, p. 178.

⁵⁾ A ovviare i quali il decreto 2 marzo 1848 abolì il *marchandage* (cottimo collettivo autonomo) in Francia. Questo decreto si ritiene ancora in vigore. Cfr. CAUWÈS, *Cours d'Econ. pol.*, III, p. 35.

⁶⁾ Del subappalto e della mediazione si discorrerà nel vol. II. È un fenomeno

prescindere dall'aggravio anche maggiore sussistente nel caso di un' interna distribuzione del lavoro col sistema del cottimo, come or ora vedremo) questa interposizione aggrava la condizione dei partecipanti; poichè lo sfruttamento sussiste in doppio grado: il cottimista cercherà di guadagnare per sè più che potrà rivalendosi sui lavoratori assunti dello sfruttamento che su di lui avrà fatto l'imprenditore¹⁾. Il lavoratore è sottratto, qui, alla diretta dipendenza dall'industriale; ma questo appunto è cagione che la sua situazione sia anche più aggravata, essendo la dipendenza dal capo cottimista, come l'esperienza insegna, assai più dura.

Dicevo, però, che tra i due ordini di rapporti (sempre nel cottimo collettivo autonomo) vi è un afflusso dall'uno all'altro di energie e di sangue. Questa stretta concatenazione è chiara quando si pensi che la posizione del cottimista è subordinata: egli non è che un locatore di opere, di fronte all'imprenditore; questa è almeno la situazione che stiamo esaminando, e a cui si riferisce il cottimo collettivo. Quindi in un certo senso si può dire che l'impresa accentrata nel cottimista non è che un elemento che rientra perfettamente nell'organizzazione centrale del lavoro che mette capo all'imprenditore. È esatta in questo senso l'osservazione dell'Arias²⁾: che i lavoratori assunti dai cottimisti « saranno sì sotto l'immediata dipendenza di quelli, ma rappresenteranno pur sempre una frazione del lavoro soggetto all'impresa ». L'autonomia dell'intermediario è a servizio, dicemmo, dell'imprenditore³⁾; è un elemento della sua organizzazione⁴⁾.

E questa è la ragione per cui, come già abbiamo sopra ricordato⁵⁾, in primo luogo l'onere conseguente alla tutela della legislazione sociale grava sull'imprenditore, non sul cottimista, rispetto ai partecipanti al cottimo collettivo. Infatti per l'art. 10 Regol. infort. sul lavoro (che indubbiamente presuppone il cottimo collettivo in cui i par-

dannoso diffuso su larga scala anche nel lavoro agrario, oltre che in quello industriale. A questo inconveniente la legge sulle risaie, art. 20, ha cercato di ovviare col decidere che la mercede dovuta ai lavoratori assoldati dall'intermediario spetti ad essi interamente, senza che possa pretendervi una porzione l'intermediario. Così ogni sfruttamento è reso impossibile. Come si vede con ciò si esclude la possibilità, qui, di un cottimo collettivo. E data la specialità di questa norma, che si riferisce in sostanza a una molteplicità di contratti di lavoro a tempo, non credo che quella norma sia estensibile per analogia ad altri casi.

¹⁾ LOTMAR, op. cit., II, p. 512; PIC, op. e l. cit.; CORNELISSEN, *Théorie du salaire*, p. 50.

²⁾ In *Contratto di lavoro*, 1906, p. 79-80, in nota.

³⁾ In questo senso Cass. Napoli, appr. cit.: il cottimista « ... si obbliga di mettere l'opera sua o quella dei suoi dipendenti al servizio del locatario, allo scopo di eseguire il lavoro che è stato convenuto... ».

⁴⁾ Cfr. ROSIN, op. l. cit.

⁵⁾ Cfr. sopra, p. 663, nota 3.

tecipanti dipendono unicamente dal cottimista) è il capo esercente dell'impresa che è tenuto ad assicurare gli operai assunti e pagati dal cottimista. Ora: quanto precede giustifica a sufficienza questo onere; e non si intende quindi come si sia potuto tacciare l'art. 10 del Regolamento citato di incostituzionalità, negandone l'applicazione in omaggio agli art. 6 dello Statuto, e 5 della legge fondamentale del 20 marzo 1865, allegato E⁴). Evidentemente il pretore estensore di questa strana sentenza non ha saputo superare la difficoltà a tutta prima creata da questa autonomia di lavoro in un lavoratore subordinato come è il cottimista che dipende dall'imprenditore; e si è impennato di fronte alla constatazione di un'autonomia di organizzazione che doveva costituire un ostacolo all'onere dell'assicurazione a carico dell'imprenditore⁵). Per la stessa ragione per cui l'onere dell'assicurazione è a carico dell'imprenditore, questi per l'art. 1644 risponde contrattualmente del fatto del capo cottimista subordinato; già per il diritto comune è a carico suo, del resto, la responsabilità per il fatto dannoso (provocante infortuni dei partecipanti) imputabile al capo cottimista (art. 1153, cap. 3.^o). Il capo cottimista è dipendente dall'imprenditore, che ne sfrutta direttamente, coll'organizzazione di lavoro in sé accentrata, l'attività. Non si potrebbe perciò escludere questa responsabilità per la ragione speciosa che l'art. 32, cap. 1.^o allude solo all'infortunio « avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha preposto alla direzione e sorveglianza del lavoro », figura diversa evidentemente dal capo cottimista con cui solo i partecipanti hanno rapporto giuridico, e non in tutto simile a quella del capo cottimista di cui nell'ipotesi precedente, in cui cioè i partecipanti già siano alla dipendenza diretta dell'imprenditore.

In questo errore di interpretazione questa sentenza non sarebbe caduta se si fosse posto mente agli altri indici legislativi da cui questo, che chiamavo un fenomeno di esosmosi tra i due rapporti, risulta confermato. Infatti l'art. 1645 ammette la garanzia del patrimonio del

⁴) Così il Pretore di Bagni di S. Giuliano, 31 agosto 1905, *Contr. lav.*, 1906, pag. 82. Il pretore di Pisa, 29 marzo 1906, *Contr. lav.*, 1906, 173, ha asserito l'inapplicabilità dell'art. 10 al cottimo collettivo subordinato senza intervento di un intermediario. Ora ciò è esatto; in quanto quell'articolo presuppone il cottimo collettivo autonomo; ma non in quanto se ne voglia dedurre che l'imprenditore in quel caso non ha obbligo di assicurazione: dubbio qui non può esistere, dal momento che si tratta di lavoratori subordinati!

⁵) La giurisprudenza è in questo senso. Così la Cassaz. Napoli, 20 genn. 1912, *Contr. lav.*, 1912, 34, ha proclamato che la legge sugli infortuni si applica ai cottimisti che lavorino da operai, e che restano quindi esposti ai rischi di un'organizzazione di lavoro non propria; non ai cottimisti che sotto la propria responsabilità e senza alcuna dipendenza dall'esercente eseguano con operai di propria scelta il lavoro che hanno assunto in modo autonomo. Cfr. pure Cass. Roma, 4 aprile 1911, *Contr. lav.*, 1911, 17.

committente a vantaggio dei crediti di salario che verso l'appaltatore hanno i suoi dipendenti. Ora, vedremo a suo luogo ¹⁾ che per l'art. 1645 si può e si deve accogliere una interpretazione larga sul fondamento del fenomeno di espansione tra le due categorie di rapporti, e per l'incremento patrimoniale che l'imprenditore risente dal lavoro dei dipendenti dal proprio cottimista: tanto più che, ripeto, rientrano sempre nella sua organizzazione di lavoro. Cosicché il partecipante al cottimo collettivo avrà azione verso il cottimista, e anche, ma in linea di pura garanzia, non perchè sussista un *debitum* dell'imprenditore, sussidiariamente verso l'imprenditore. Questo concetto fu espresso invece inesattamente, a mio avviso, come responsabilità solidale dell'industriale e del suo capo cottimista ²⁾: inesattamente, ripeto, perchè, in virtù dell'art. 1645, all'industriale (se proprio si tratta di partecipanti che non hanno diretti rapporti contrattuali con lui) non spetta il dovere di pagare, ma solo la garanzia, come già ho altrove cercato di dimostrare ³⁾.

Invece questo dovere di collaborazione solidale sussiste quanto ai « provvedimenti necessari a tutela dell'igiene, della sicurezza e della moralità ». L'art. 10, infatti, del testo unico sul lavoro delle donne e dei fanciulli menziona, oltre all'imprenditore, anche il capo cottimista che impieghi fanciulli o donne di qualsiasi età tra le persone a carico delle quali sta l'obbligo di adottare e far eseguire, a norma dei regolamenti, quei provvedimenti nei locali dei lavori, e nelle relative dipendenze. Ora: è chiaro che in prima linea quest'obbligo cade sull'imprenditore che ha fornito al capo cottimista i locali del lavoro; così come in prima linea cadrebbe sul capo cottimista che somministrasse locali propri di lavoro (nella quale ipotesi è più verosimile che egli sia lavoratore autonomo di fronte al committente). Ma nella prima ipotesi, data la generale dizione dell'art. 10, mi pare che sussista un dovere anche per il cottimista: dovere che si limiterà puramente a un obbligo di fare quanto sta in lui perchè l'industriale attui quei provvedimenti ⁴⁾.

Riassumendo: quanto all'organizzazione esterna del cottimo collettivo si possono dare le due situazioni che abbiám visto: partecipanti dipendenti o no direttamente dall'industriale. L'importanza di distinguere l'una ipotesi dall'altra rende necessaria l'indagine delle circostanze ⁵⁾ appuratrici della natura del rapporto. In un caso l'industriale

¹⁾ Cfr. nel II volume.

²⁾ *Probiv. Metall.*, Torino, 9 dic. 1904, nel *Massimario* del REDENTI, n. 466.

³⁾ Nella mia nota cit., nel *Foro ital.*

⁴⁾ Non conosco precedenti giurisprudenziali su questo punto.

⁵⁾ Naturalmente anche le circostanze posteriori alla costituzione del gruppo di partecipazione al cottimo collettivo. LOTMAR, op. cit., II, p. 515.

ha a che fare direttamente con un nucleo di lavoratori, tra cui vi è chi occupa un posto preminente per delegazione dell'industriale; nell'altro egli ha che fare solo col capo cottimista, che a sua volta è creditore del lavoro verso i partecipanti al cottimo collettivo: nel dubbio credo si debba propendere in favore della seconda ipotesi ⁴⁾. Non è che la legge stessa che così come fa la legge sulle risaie (art. 19), in un ipotesi da cui del resto, come ora s'è visto, il cottimo collettivo è escluso, può ritenere i lavoratori direttamente vincolati all'industriale (cioè il capo cottimista rappresentante di quest'ultimo, nella stipulazione dei contratti); ma si noti che una legge siffatta non esiste e, del resto, quell'art. 19 subordina quella presunzione all'accettazione dei contratti per parte del proprietario o affittuario dei fondi, cioè a un indice chiaro in favore della diretta subordinazione a lui dei lavoratori assoldati. Il che corrobora, dunque, la soluzione da me accolta.

245. Tutto ciò quanto al lato esterno di questi cottimi collettivi. Anche quanto alla loro interna organizzazione la formazione di questi nuclei di lavoratori considerati unitariamente dall'imprenditore assume aspetti e manifestazioni varie. In tutte abbiamo tuttavia questa caratteristica fondamentale: l'imprenditore li prende in considerazione non atomisticamente, ma come un'unità; non esistono per lui i singoli lavoratori, ma il gruppo unitario. Dobbiamo quindi eliminare il caso in cui l'imprenditore affidi un dato lavoro che richiede la cooperazione di più uomini a un certo numero di operai, pagati a cottimo, se la posizione di questi lavoratori è presa in considerazione uno per uno, singolarmente, sebbene il lavoro sia collettivo.

Che questa collettività unitaria di lavoratori sia tenuta insieme da un vincolo reciproco di coesione tra i partecipanti, par certo: senza questo amalgama non si concepirebbe quell'interna organizzazione che rende possibile l'attuazione dello scopo che quella partecipazione si prefigge; si tratta di un fenomeno di cooperazione tra forze concorrenti al medesimo scopo in modo ordinato, con delimitazioni a disciplina delle reciproche attività; non sono forze autonome.

Ora, a tutta prima si può pensare che a mantenere questa coesione possa esser sufficiente il rapporto di subordinazione che vincola ognuno

⁴⁾ Il LOTMAR è di questa opinione, p. 516, perchè se vi è dubbio non può constare che sussista l'accordo delle parti diretto a costituire il nucleo di fronte all'industriale. Io credo invece che debbano prevalere altre considerazioni, per la medesima conclusione: pare a me che questa interpretazione si ispiri a quello che è lo sviluppo logico della concessione a un operaio di un cottimo così abbondante da presupporre la cooperazione di più partecipanti. È normale che con ciò l'industriale miri a non ingerirsi con questi altri cooperatori, più che non a fare del cottimista il proprio rappresentante nella assunzione di nuovo personale. Riconosco però che la tendenza prevalente nelle fabbriche è diversa.

di questi partecipanti o all'imprenditore direttamente e per esso, almeno in parte, al capo squadra; oppure a quest'ultimo nel caso opposto in cui essi non abbiano rapporti diretti se non con lui. E fino a un certo punto questo può esser vero. È infatti un fenomeno evidente, nelle fabbriche dove vi hanno grandi agglomerazioni di lavoratori dipendenti dal proprietario dell'azienda, questo: che la coesione tra questi operai, cioè in altre parole la disciplina è mantenuta unicamente mediante la rigida attuazione della subordinazione al capo dell'azienda. Qui la coesione presuppone solo il fascio di rapporti giuridici che congiunge a quest'ultimo ciascuno dei lavoratori. Ciò ammesso, siccome un rapporto di subordinazione sussiste, come abbiám già accennato, tra i singoli partecipanti da una parte, e dall'altra l'industriale e il capo cottimista, o solamente il capo cottimista, quel dubbio è, a tutta prima, più che ragionevole.

E infatti io credo che si debba distinguere tra le due principali manifestazioni del cottimo collettivo. Nel caso in cui i partecipanti abbiano rapporto solo con il capo cottimista, a meno che questi abbia inteso proprio costituire (ciò che in pratica mi sembra che accada raramente) un contratto di società⁴), è da ritenersi che sussista appunto quella coesione che la subordinazione locatizia (contratti di lavoro adunque, non contratto di società: l'uno esclude l'altro) dei nuovi operai reclutati al capo cottimista che li ha scelti è in grado di attuare. Invece quando l'industriale abbia di fronte a sè direttamente il nucleo dei lavoratori (il cosiddetto « Gruppenakkord » dei tedeschi) ritengo che accanto al fascio di rapporti locativi che legano i membri di quel gruppo all'in-

⁴) In questo caso il capo-cottimista assume, di fronte all'industriale, le funzioni di rappresentante del gruppo, di cui fa parte come compartecipante avente una posizione preminente. Certo: questo sistema elimina teoricamente gran parte degli inconvenienti; perchè (sia pure che il capo cottimista si faccia la parte più grossa) è più rispettato il principio di uguaglianza tra le parti. Si aggiunga che qui, come nel cottimo, ogni partecipante ha interesse alla maggior possibile sollecitudine nel lavoro. Tuttavia non credo che questa differenza sia così grande: infatti tutto dipende dal vedere qual'è la parte del leone che si riserba il capo cottimista; perchè certo l'art. 1719 che vieta « la convenzione che attribuisce a uno dei soci la totalità dei guadagni » permette ad ogni modo al cottimista la stipulazione di una parte di quel genere. Ed ecco di nuovo lo sfruttamento deplorato e rinfacciato a questo cottimo collettivo (ed è in fondo l'opinione dello SCHLOSS, op. cit., capit. 13, 14 e 15). Che del resto questo sistema non abbia pratica importanza, è provato da ciò: che le leggi del lavoro lo escludono. Infatti l'art. 10 Reg. inf. lav. discorre di operai « assunti e pagati » dal capo cottimista; l'art. 10, testo un., lav. donne e fanciulli, discorre di donne e fanciulli impiegati dai cottimisti; l'art. 15 Reg. relat. di cottimisti che « assumono alla loro dipendenza altri operai ». Si noti che non si può opporre il riferimento di queste leggi ai rapporti locativi di lavoro (che cioè queste leggi non si occupano quindi di quelli associativi di lavoro: cfr. sopra, p. 241), perchè nel cottimo collettivo autonomo il rapporto locativo esiste pur sempre tra imprenditore e cottimista.

industriale sussista anche un altro elemento che sarebbe proprio il fattore della coesione: un rapporto interno che vincola ed affratella i singoli partecipanti tra loro, compreso tra essi, con posizione preminente, il capo cottimista.

Le due situazioni, infatti, differiscono in ciò: che nella seconda, malgrado ognuno dei partecipanti sia legato con vincolo di subordinazione all'industriale, in fatto, oltre la scelta dei membri, la direzione dei lavori è affidata al capo cottimista, che assume una responsabilità propria per ciò che concerne la diligente elaborazione collettiva e la sollecita consegna del lavoro all'industriale: tutto ciò insieme alla facoltà di controllo e di sorveglianza che spetta pur sempre all'industriale sul lavoro dei singoli partecipanti, in virtù dell'ora ricordato rapporto di subordinazione (locazione di opere). Il capo cottimista è dunque un intermediario, a cui l'industriale dà le sue istruzioni, a cui insomma risale di fatto la organizzazione di questo lavoro collettivo: il risultato è che esso si interpone tra l'industriale e i partecipanti. Perciò i rapporti di subordinazione all'industriale non sono per sè soli sufficienti a creare questa interna organizzazione del gruppo. Concorrono, certamente, ma non bastano. Non bastano perchè la partecipazione dei lavoratori al cottimo collettivo non è affatto una pura e semplice efflorescenza dei singoli rapporti che li legano al capo dell'azienda, ma è dovuta a un fatto differente dall'originario contratto di lavoro coll'industriale; è all'intervento adesivo di tutti i partecipanti, dovuta all'attività del capo cottimista, che questa coesione risale. Bisogna dunque ricercarne la fonte all'infuori dei rapporti di contratto di lavoro tra i partecipanti e l'industriale: e cioè a un rapporto che lega tra loro i veri partecipanti.

Tutto ciò è chiarissimo quando i partecipanti siano reclutati nel personale già dipendente dall'industriale. In tal caso a che giovano, per sè soli, i precedenti rapporti giuridici, supposto sempre (come è la regola) che negli originari singoli contratti di lavoro di questa eventuale partecipazione a un cottimo collettivo non si sia fatta parola? Con questa partecipazione si instaura una modificazione al precedente ordine di cose ispirato al lavoro a tempo o a cottimo individuale. E quando il capo cottimista chiama a raccolta i futuri partecipanti, non fa che costituire un accordo interno tra essi, accordo a cui l'industriale è estraneo, e che costituisce appunto un vincolo nuovo che lega i singoli partecipanti tra loro. Ora, si badi: quello che accade in questa ipotesi, che è la più evidente, accade pure, necessariamente, quando il capo cottimista assume nuovi operai ¹⁾. Vuol

¹⁾ Non importa che la scelta dei partecipanti sia libera, o vincolata da concordati di lavoro con leghe di resistenza: Pret. Pisa, 29 marzo 1906, *Contr. di lav.*, 1906, 173.

dire che, intendendosi qui costituire anche un rapporto diretto per ognuno dei partecipanti coll'industriale, la stipulazione del capo cottimista cogli operai creerà un duplice rapporto interno ed esterno.

Ciò ammesso, bisogna subito avvertire che, posto che di regola l'intento dei partecipanti mira a un lucro proprio nella grande maggioranza dei casi, questo vincolo di cooperazione per un intento soggettivo comune di guadagno non è che un rapporto di società ¹⁾: società civile (di cui vanno applicate le regole) ²⁾, non commerciale ³⁾, benché commerciale sia l'impresa a cui il cottimo collettivo si riconnette una società che può formarsi simultaneamente o anche successivamente. Ma, almeno in teoria, non sarebbe escluso che si possa trattare anche di un rapporto differente se manca l'intento egoistico del guadagno (ad es. la collaborazione familiare al lavoro a domicilio). E allora mancherebbe la società, che è necessariamente a titolo oneroso ⁴⁾.

Adunque l'elaborazione a cottimo assegnata dall'industriale è attuata per opera di un nucleo di lavoratori che agisce, nel cottimo collettivo comunque costituito, come un gruppo, un amalgama compatto come un'unità, e ciò per l'interna coesione tra i partecipanti, variamente ottenuta, come ora s'è visto. Questa unità ha, si capisce, solo una ragione d'essere per le relazioni di questo gruppo coll'esterno; perchè nell'interno l'unità si scompone, e ritorna a galla la situazione atomistica del lavoro.

L'unità, perciò, si rivela nei rapporti tra l'imprenditore e il gruppo dei lavoratori anzitutto quanto all'obbligo di adempiere una data prestazione di lavoro: e cioè non è assegnato individualmente dall'imprenditore ad ogni partecipante il lavoro che deve compiere, ma è attribuito unitariamente al capo cottimista l'incarico di curare

¹⁾ LOTMAR, op. cit., II, p. 518. Certo è che della società sembrano a tutta prima sussistere tutti i requisiti: lo scopo comune di guadagno e il conferimento dell'industria (art. 1711): non credo che si debba esigere l'apporto, per parte di almeno qualche socio, di beni patrimoniali da mettere in comune (art. 1697). Cfr. ZACHARIAE-CROME, *Manuale ecc.*, II, p. 587, nota 3.

²⁾ Di queste regole la più importante e fondamentale è la ripartizione tra i partecipanti così degli utili come delle perdite. Questo principio, pel cottimo collettivo, fu recentemente proclamato dal Prov. Metall. Torino 5 gennaio 1914, *Contr. lav.*, 1914, 79. Le perdite possono derivare da guasto prodottosi per fallo degli operai nel macchinario, o nella materia prima: in tal caso l'industriale può caricare su tutto il gruppo il danno relativo o la multa, in parti eguali tra i partecipanti (con trattenuta).

³⁾ Il LOTMAR, II, p. 519, ammette la possibilità anche di una società commerciale (anonima). Io mi limito qui alla consueta e più modesta manifestazione di questi cottimi collettivi: che, teoricamente, si possono estendere a qualunque ramo di lavoro subordinato a cottimo, anche di natura elevata.

⁴⁾ Cfr. le mie *Istit. di dir. cir.*, p. 401.

l'attuazione collettiva di un dato lavoro. E inoltre quanto all'obbligo di pagar la mercede: non è dovuta una mercede singola ad ognuno, ma una mercede a cottimo complessiva al gruppo, e, pel gruppo, a quello dei lavoratori che ne ha la guida e la responsabilità: il capo cottimista ¹⁾. La distribuzione del lavoro tra i singoli partecipanti, così come la redistribuzione del guadagno nell'interno del gruppo tra i lavoratori che lo compongono, è affare che non concerne affatto l'industriale ²⁾. Questi non ha che pagare il compenso a cottimo proporzionato al risultato della cooperazione; quindi come da una parte la molteplicità dei lavoratori non lo danneggia perchè il compenso è fissato in proporzione del rendimento effettivo del lavoro collettivo ³⁾, così soddisfa i lavoratori, cui è dato modo di attuare il lavoro (che possono accelerare col vantaggio di aumentare il guadagno) con una certa interna autonomia.

Questo è il momento sostanziale del cottimo collettivo, nella sua interna organizzazione; si tratta di una determinata prestazione di lavoro assegnata a più operai; quindi da un lato unità, identità della prestazione considerata come indivisa (nei rapporti coll'imprendi-

¹⁾ Questo secondo il tipo puro di cottimo collettivo. Avverto però che, come poi vedremo (p. 762), in pratica tendono a prevalere dei temperamenti che permettono la diretta liquidazione dei salari ad ogni partecipante dovuti per parte dell'impresa. E allora vi sarà azione diretta a favore del partecipante contro l'impresa, sia pel reclamo, come per ottenere giuridicamente, o pel tramite dei Proviviri, la mercede. Va esclusa però la solidarietà di questo credito, benchè si tratti di un gruppo di creditori compresi in un'impresa che quasi sempre (art. 3, Cod. comm.) ha carattere commerciale. LOTMAR, cit. p. 523. A maggior ragione il giudizio per il conseguimento del salario non dovrà esser necessariamente invocato dalla collettività degli operai appartenenti a una squadra, ma da ognuno di questi per la parte sua quando non vi sia vero cottimo collettivo, ma cottimo individuale o lavoro a tempo (individuale, sia pure che l'industriale per pura comodo di contabilità usi pagare alla squadra la complessiva mercede, cioè la somma delle mercedi). Cfr. in fine a questo paragrafo. Probiv. Pelli, Milano, 12 luglio 1904, REDENTI, *Massime*, u. 372.

²⁾ Quale sia la ragione che provoca la formazione di questa collettività di lavoro non importa qui indagare. Di solito si tratta di lavori che un lavoratore solo non può eseguire e che richiede la cooperazione — per lo più simultanea — di più persone. Che l'industriale rinunci a considerare il lavoratore individualmente, e lasci una certa autonomia nella distribuzione del lavoro nell'interno del gruppo vuol dire che, dato il sistema del cottimo, ritiene più vantaggioso non assumersi le brighe di dirigere e sorvegliare il lavoro individuale e soprattutto di proporzionare la mercede al rendimento effettivo del lavoro di ciascuno: cosa che, data la cooperazione, può riuscir difficile all'industriale.

³⁾ Ciò spiega come non possa attecchire questo fenomeno nel lavoro a tempo; in cui il danno dello scarso rendimento di lavoro finirebbe, se più sono i lavoratori, coll'essere moltiplicato tante volte quanti sono i lavoratori stessi. E in realtà, un siffatto fenomeno applicato al lavoro a tempo, come osserva benissimo il LOTMAR, cit. II, p. 493, verrebbe ad essere null'altro che una somma di contratti di lavoro a tempo.

tore)⁴⁾, pluralità dei lavoratori che ad essa debbono attendere. Quindi, riassumendo, unità della mercede e della prestazione di lavoro, e dall'altro pluralità dei lavoratori. Questo sempre nei rapporti contrattuali tra industriale e lavoratori. Perchè, ripeto, nell'interna organizzazione di questa collettività sia la prestazione come la mercede vengono suddivise. Ed è qui appunto che sussiste l'autonomia del gruppo, autonomia in cui ha larga parte l'opera disciplinatrice del capo cottimista; qui, di regola (cioè nel tipo puro del cottimo collettivo), l'industriale non si ingerisce, lascia fare al capo del gruppo che ne ha la responsabilità di fronte all'industriale e che perciò assegna ad ognuno la sua parte di lavoro e di mercede.

246. La costituzione interna di questa collettività presuppone sempre l'intervento adesivo di tutti i partecipanti. Ciò è chiaro quando si tratti di assunzione di operai estranei all'azienda dell'imprenditore: non possono nascere diritti e doveri per essi senza il loro esplicito consenso. Sappiamo che se i partecipanti non hanno rapporti coll'imprenditore il più delle volte non vi ha che la stipulazione di contratti di lavoro coi singoli partecipanti. Invece a tutta prima si potrebbe dubitare quando i partecipanti si trovassero già alla dipendenza dell'imprenditore.

Ma è tuttavia evidente che questa assegnazione di lavoro a cottimo collettivo, se non si tratta di un'organizzazione già preesistente, ma questa è creata ora, implica una modificazione della precedente situazione giuridica in quanto al lavoro individuale (a tempo o a cottimo) si sostituisce il cottimo collettivo. Non è una modificazione assolutamente sostanziale, ma modificazioni non mancano. Infatti la dipendenza dell'imprenditore resta sempre, ma quando il lavoro collettivo non sia elementare e facilmente organizzabile automaticamente coll'accordo di tutti i partecipanti, e senza la necessità che uno di essi abbia la direzione del lavoro, in tal caso vi è uno di essi, il capo cottimista, che ha la direzione, e di cui in tal caso è assai accentuata l'ingerenza. Modificata è poi la forma di retribuzione; poichè per il singolo lavoratore che entra in quell'organizzata collettività non vi è più il cottimo puro, ma la partecipazione a un cottimo collettivo, che, come ho detto, esclude, o meglio può escludere (se è accolto il sistema dell'uguaglianza di redistribuzione), la esatta proporzione della mercede a ognuno assegnata coll'effettivo rendimento del suo lavoro, cioè coll'effettiva quantità di lavoro data da lui in confronto agli altri.

Perciò in tal caso (salvo che il contratto originario, il che è difficile, preveda il caso) occorre che l'operaio invitato dal capo squadra a

⁴⁾ Non sarebbe tale il caso di una macchina, in cui le varie parti siano affidate ciascuna a una diversa persona.

partecipare al cottimo collettivo vi aderisca; può dunque rifiutarsi ¹⁾). A maggior ragione la costituzione volontaria di questa collettività è necessaria quando gli aderenti siano reclutati all'infuori dello stabilimento o del cantiere, tra estranei ²⁾).

Il numero dei membri di queste collettività può variare da due a più. Il caso di due soli componenti è offerto in specie dalla facoltà (che in certi casi può essere obbligo) ³⁾ per l'operaio di scegliersi un garzone che lo coadiuvi nelle parti più umili del lavoro. Di solito si tratta di un rapporto interno di tirocinio, che si corrompe, come è oggi per lo più (lo vedremo nel paragrafo seguente), sino ad essere un vero sfruttamento dell'opera del garzone.

Normalmente è il capo cottimista che assegna ad ogni singolo partecipante la parte di lavoro che gli compete. Quanto alla forma di mercede, se a tempo o a cottimo, è il contratto tra capo cottimista e partecipante che decide. Se si tratta di mercede, quindi di lavoro, a tempo la mercede sarà uguale per tutti i partecipanti che abbiano lavorato nel medesimo tempo ⁴⁾. Il patto di redistribuzione del lavoro e della mercede a cottimo in pratica si traduce in un accolto al

¹⁾ Questo fu ritenuto dai Proviv. Meccaniche, 9 dic. 1903, nel *Massimario* del REDENTI, cit., n. 465, per questo tipo di contratto in uso negli stabilimenti metallurgici di Milano, in cui al capo fabbrica, mediante contratto scritto (la « bolletta »), è affidato di dirigere ed eseguire un determinato lavoro, colla scorta di una squadra di operai che sono alla dipendenza della Ditta, da cui questi percepiscono già il salario fisso a giornata. Tra questi operai si stipula, appunto, un nuovo contratto di « partecipazione al cottimo ».

²⁾ Ciò può ammettersi per lavori a cottimo che non richiedono speciali attitudini; perchè in caso diverso la ditta da cui il cottimista incaricato dipende esigerebbe quelle garanzie personali che sa di poter trovare nella maestranza che già da essa dipende. Spesso ad es. estranei sono richiesti per lavori di carico e scarico, dati a cottimo.

³⁾ Talora non è ben chiaro se sia obbligo o facoltà. Se è obbligo il cottimista che si presenta senza garzone può essere respinto. Si noti anche che l'obbligo dell'operaio può essere solo di presentare o proporre un garzone di sua scelta. Così nel tipo di contratto di lavoro delle vetrerie coi maestri soffiatori in bottiglia, art. 8, è detto che « il maestro ha l'obbligo di proporre il proprio gran garzone e levavetro alla direzione, la quale lo assumerà al lavoro se di suo gradimento. La vetreria stipulerà direttamente coi gran garzoni e coi levavetro il rispettivo contratto di lavoro ». Il maestro risponde del loro lavoro; essi percepiscono il 30 % del prezzo di cottimo per bottiglia assegnato ai maestri (cottimisti), direttamente dal maestro.

⁴⁾ Così nel « marchandage » francese. Questo sistema conduce spesso, in pratica, a inconvenienti: perchè sorgono tra gli operai i danni del sistema di lavoro a tempo, in cui cioè si adotta un sistema di eguaglianza per tutti, prescindendo dal rendimento effettivo di ogni lavoratore. Così nel cottimo collettivo vi è spesso il lavoratore che sospetta nel capo squadra delle preferenze o delle antipatie, nell'assegnazione del lavoro, e nella sorveglianza. Naturalmente ognuno cercherà di lavorare un po' meno degli altri!

partecipante dei rischi inerenti al cottimo, di cui però il capo cottimista non si spoglia affatto nei rapporti esterni coll'imprenditore. Questo costituisce un ulteriore aggravio per i partecipanti, in ispecie se sono vincolati solo col capo cottimista ¹⁾. Il lavoro è attuato sotto la direzione e con i criteri tecnici del capo cottimista, che, come si è detto, deve conformarsi a quelli dell'imprenditore da cui dipende. Il controllo e l'ingerimento di questo è ammesso solo nel cottimo collettivo subordinato.

Questa, nelle linee generali, la struttura interna del cottimo collettivo. Si badi però: qui abbiamo delineato solo i tipi astratti di cottimo collettivo; quelli che si offrono nella purezza del tipo. Ma in pratica questa semplicità è intorbidata da elementi che si sovrappongono a attenuare certe asprezze, adattando viemmeglio il rapporto ai bisogni dell'industria. E di queste modificazioni bisogna tenere largamente conto. In genere la tendenza in queste modificazioni è di rinforzare l'ingerimento dell'industriale, diminuendo l'autonomia del capo cottimista. Intanto si sente il bisogno, bene spesso, di attutire la soverchia autonomia, troppo frequentemente sfruttatrice, di questo intermediario che è il capo cottimista (nel cottimo collettivo autonomo). Questi, che distribuisce il cottimo (quanto al lavoro e alla mercede) tra i partecipanti, è cointeressato, interessato anzi a speculare sul più ampio margine possibile a proprio favore. Quindi l'assegnazione è fatta talora da altri (ad es. dal direttore tecnico dello stabilimento estraneo al cottimo; oppure dal contabile, pure esso dipendente dall'industriale; talora dall'industriale stesso ²⁾), quando, come si è visto, non si provvede più energicamente, come fa la legge sulle risaie, a impedire in altro modo questo sfruttamento.

Più facilmente la posizione del capo cottimista subisce modificazioni nel sistema del cottimo collettivo a gruppo dipendente dall'imprenditore; e si capisce, dato che questi ha a che fare direttamente con tutti i partecipanti. Qui l'organizzazione del lavoro continua a rimanere accentrata nell'imprenditore; e può anzi essere che questi accentri nelle sue mani anche il pagamento del cottimo ³⁾, o, secondo i casi, del di più oltre il limite minimo dato dal salario a giornata ⁴⁾; può

¹⁾ Un caso tipico è quello del lavoro a domicilio: è il cosiddetto « Sweating system » (sul quale nel paragrafo seguente).

²⁾ BERNHARD, op. cit., p. 194-195. I regolamenti di fabbrica delle più importanti nostre aziende confermano questa modificazione. In genere vi è un ufficio cui spetta la liquidazione dei cottimi (anche collettivi).

³⁾ Ciò accade forse più frequentemente: la liquidazione del cottimo collettivo ha luogo allora a cura dell'impresa, su relazione del capo-cottimista. È all'impresa che, nei termini segnati dal Regolamento, vanno proposti i reclami. Cfr. ad es. il Regolamento per il personale operaio della società alti forni, ecc. di Terni, art. 40.

⁴⁾ L'autonomia interna del gruppo può essere limitata quando l'imprenditore

egli stesso ripartire la mercede a cottimo tra i partecipanti. In questo caso, come si capisce, l'autonomia nell'interna organizzazione del cottimo collettivo si riduce a ben poca cosa; e i poteri del capo squadra sono limitati alla scelta dei partecipanti, alla distribuzione del lavoro, alla direzione di quest'ultimo.

C'è però (sempre in questa forma di cottimo collettivo) un limite minimo che non si può assolutamente varcare, perchè abbia a sussistere un vero cottimo collettivo: e cioè che l'unità del gruppo sia rispettata per ciò che concerne l'assegnazione del lavoro e la sua redistribuzione interna tra i partecipanti. Il pagamento individuale della mercede fatto direttamente dall'impresa può concepirsi come semplificazione tendente a evitare il processo di redistribuzione interna della mercede. Quando anche il processo del lavoro sia individuale, allora nulla più sussiste del cottimo collettivo, anche se viceversa la mercede fosse pagata direttamente alla squadra degli operai, lasciando ad essi la sua interna redistribuzione ¹).

§ 3. — *Tipi vari di contratto di lavoro secondo la natura del lavoro.*

SOMMARIO. — 247. Ragione di questa classificazione. Se siano tipi autonomi di contratto di lavoro. — 248. Il lavoro industriale. — 249. Tipi vari di contratto di lavoro industriale. Il concetto di operaio. L'impresa e il contratto di lavoro. Artigianato e lavoro a domicilio. Il contratto di trasporto, e l'art. 1627. — 250. Quando il contratto di lavoro industriale è sottoposto alla disciplina commerciale. — 251. Contratto di tirocinio. — 252. Il contratto di arruolamento marittimo. — 253. Il contratto di lavoro agrario. — 254. Il contratto di lavoro domestico. — 255. Il contratto di impiego. — 256. Il contratto di lavoro artistico.

247. È questa la terza classificazione cui abbiamo accennato già sopra ²), e che ha per criterio distintivo non una ragione così intimamente o organicamente differenziale come le altre nei due para-

continuasse a pagare ai propri operai scelti dal caposquadra la mercede a tempo stipulata con essi prima del cottimo collettivo. In tal caso si attua una commistione di lavoro a tempo e a cottimo, nel senso che rimane fissa la vecchia mercede a giornata, come minimo di compenso; che se il cottimo collettivo attribuisse, come è per lo più, un compenso superiore, è solo il di più che viene suddiviso tra i partecipanti al cottimo collettivo. Si attua insomma il sistema del premio collettivo innestato sul lavoro a tempo. In tal caso è tanto più logico ammettere un intervento diretto, un'ingerenza dell'imprenditore sul lavoro degli operai che egli paga. Questo sistema è in vigore nel « contratto di partecipazione al cottimo » vigente negli stabilimenti metallurgici di Milano (cfr. *Probiv. Meccaniche*, 9 dicembre 1903, *Massim.* del REDENTI, n. 465). Qui il cottimo collettivo assume il carattere vero e proprio del comune premio. Cfr. BERNHARD, op. cit., p. 195, nota 1.

¹) « In tal caso il cumulo delle diverse quote non toglie ad ogni quota il carattere di credito individuale ». Prob. Pelli, Milano, 12 luglio 1904, REDENTI, *Mass.*, n. 372.

²) Cfr. sopra, p. 596.

grafi che precedono, ma la varia natura della prestazione di lavoro. Data la enorme varietà del genere di lavoro si capisce subito la difficoltà di una classificazione sistematica; e io, del resto, non credo neppure praticamente consigliabile il tentativo di un siffatto raggruppamento. Qui mi occuperò, brevemente, solo dei tipi più salienti. L'importanza di questa terza classificazione, che riposa più che altro non su criteri organici, ma empirici, sta in ciò: che la varietà nel genere del lavoro influisce largamente sulla disciplina giuridica del contratto. E ciò non tanto perchè quella differenza nel lavoro ingeneri una tale diversità di struttura intima da dar luogo alla creazione di differenti norme giuridiche; questo pure non è escluso, ma in assai minor misura in confronto a quella varietà di disciplina che è pura conseguenza di una diversa applicazione dei medesimi principi giuridici; diversi per la diversa natura del lavoro. È questo un equivoco in cui si cade facilmente: non si sa capire che questa varietà di atteggiamenti del rapporto non è tanto conseguenza di un organismo interno radicalmente differente da altre forme di contratto di lavoro, quanto un corollario della svariata applicazione dei principi disciplinatori; questi sono per lo più sostanzialmente i medesimi, per un dato tipo fondamentale (lavoro autonomo e subordinato; a tempo e a cottimo): ma la varietà del lavoro dà ad essi una grande varietà di atteggiamenti ¹⁾.

E non basta. Praticamente si avvertono non tanto quelle differenze fondamentali che già conosciamo (locazione di opere, di opera; a tempo, a cottimo): queste classificazioni sono specialmente il frutto, in questa loro ampiezza, di un'opera riflessa di sintesi e di sistemazione teoretica ²⁾. Invece ognuno di noi avverte immediatamente la differenza tra il contratto di lavoro dell'operaio, dell'imprenditore, dell'artista, del professionista di opere liberali e via dicendo. È perciò che l'intento pratico di una disciplina legislativa veramente efficace, e cioè, data l'enorme varietà di contratti di lavoro, non eccessivamente generalizzatrice ³⁾, consiglia al legislatore, oggi, di regolare con leggi spe-

¹⁾ Un equivoco siffatto, come vedremo, è nato quanto al contratto di impiego.

²⁾ Quando si dice che le precedenti due classificazioni sono il risultato di un lavoro aprioristico di generalizzazione non si deve credere che si tratti di una mera speculazione teoretica: è sintesi di un gran numero di forme empiriche di contratto di lavoro, in cui troviamo tutti certi determinati lineamenti comuni e caratteristici. La terza classificazione ha, ad ogni modo, il merito di essere più vicina alla vita, pur contenendo anche essa un lavoro di sintesi: quante forme diverse non sono comprese nel contratto di lavoro industriale? E in quello artistico? Sulla utilità di questa classificazione e ricerca empirica cfr. pure SINZHEIMER, *Die soziologische Methode d. Privatrechtswissenschaft* (1909). Il LOTMAR ha avuto certo il merito di aver con questa ricerca ossigenato la trattazione giuridica del contratto di lavoro. Cfr. PLANIOL, *Traité élém.*, n. 1832.

³⁾ Cfr. l'introduzione.

ciali le varie forme di contratto di lavoro secondo questa terza classificazione ¹⁾, più che secondo le classificazioni precedenti.

Costituiscono dunque queste applicazioni varie del contratto di lavoro altrettanti tipi autonomi di contratto? Questo è stato sostenuto per alcuni casi; lo ha sostenuto vibratamente il Cogliolo, come poi vedremo, per il « contratto di impiego », che egli vorrebbe distinguere dalla locazione d'opere, facendone un tipo di contratto a sè ²⁾; lo ha sostenuto il Pic per il contratto di tirocinio, che si distinguerebbe del contratto di lavoro, quindi dalla locazione di opere o di opera, dati gli elementi fondamentali che lo costituiscono ³⁾. E finalmente il Lotmar, senza uscire però dal territorio del contratto di lavoro, tende a riconoscere struttura di tipo autonomo di contratto a tutte quelle forme di contratto di lavoro che la legge ha disciplinato con norme speciali (contratti di trasporto, di edizione, tra avvocati e clienti, ecc.) ⁴⁾.

Ora: già a proposito di questa teoria del Lotmar abbiamo negato la possibilità di zone intermedie distinte dalla locazione d'opere o di opera: questa distinzione è universale ⁵⁾. Ciò vale anche per gli altri scrittori, i quali concludono addirittura coll'uscir dal campo del contratto di lavoro (il Pic almeno lo dichiara esplicitamente). In realtà in tutte quelle forme abbiamo locazione di opere o locazione d'opera; contratto di lavoro a tempo oppure a cottimo. Abbiamo insomma altrettante sottospecie del tipo fondamentale: contratto di lavoro. Del resto bisogna chiarire ciò che si intende per « tipo di negozio giuridico ».

A questo proposito insegna il Bekker ⁶⁾, che per la classificazione

¹⁾ Con leggi speciali, non nel Codice civile. Il COGLIOLO, *Scritti vari di diritto privato* (1910), pag. 23, ritiene che nella legge ci deve essere prima una serie di norme costituenti la parte generale; poi le norme particolari alle principali specie di contratti di lavoro: a) contratto di impiego; b) locazione di opere dei domestici; c) contratto dei lavoratori agricoli; d) contratto degli operai di industrie, ecc.; e) contratto di noviziato; f) contratto degli agenti di commercio. Io però (malgrado l'infelice e monco tentativo di regolare nel Codice civile il lavoro dei domestici, dei vetturini e degli imprenditori) non solo non credo che tutto ciò debba essere contenuto in una legge di carattere generale come il Codice (forse neppure il COGLIOLO vi pensa); ma sono scettico sull'utilità di una minuta e separata disciplina di tutte queste forme. Per alcune, forse: ma per tutte, proprio? Intanto ricordo che il Codice civile messicano (cfr. in RAOUL DE LA GRASSERIE, *Code mexic.*, 1896, p. 171) distingue: la prestazione di servizi professionali; di servizi domestici; servizi giornalieri (operai); lavoro à forfait; il contratto di trasporto; di tirocinio, e d'albergo.

²⁾ Cfr. in *Scritti vari di dir. privato*, p. 317, sg.

³⁾ *Traité élément*, p. 675, n. 870. Anche qui il COGLIOLO, op. cit., p. 318-319, è del medesimo avviso: tipo autonomo di contratto.

⁴⁾ *Arbeitsvertrag*, I, p. 315; e passim. Anche quanto al contratto di arruolamento il REPERTO (*Dig. it.*, v. *Capit. di mare*) lo ritiene un contratto *sui generis*: ne farebbe dunque un tipo nuovo di negozio giuridico. Questo il REPERTO deduce dal fatto che questo contratto ha regole sue proprie.

⁵⁾ Cfr. sopra, p. 614.

⁶⁾ *Pand.*, II, § 97, p. 125.

dei tipi occorre seguire due principi fondamentali. Anzitutto solo negozi giuridici che abbiano le medesime conseguenze principali appartengono al medesimo tipo. Stando a questa massima tutti i contratti, di cui sopra abbiamo accennato sarebbero forme di un tipo già noto. Poichè nelle linee principali vi è identità di trattamento. Non dobbiamo lasciarci fuorviare dalla apparente discordanza di talune norme. Ciò, come ho già rilevato, deriva spesso dalla diversità nella natura della prestazione, diversità che influisce sul modo di applicazione dei medesimi principi. Ma il Bekker continua: tra i negozi che abbiano identiche conseguenze primarie costituiscono un tipo speciale quelli per i quali valgano delle norme peculiari. Dunque, stando all'interpretazione rigorosa di queste parole, se una legge speciale riproduce, per una forma di contratto di lavoro, tutte le regole principali del diritto comune, e aggiunge qualche norma speciale derogatoria su circostanze particolari, avremo un tipo nuovo? Questo probabilmente pensa anche il Lotmar. Ora: si può esser tentati, a tutta prima, di non accettare questo punto di vista, pensando che quello che attribuisce a due tipi una individualità propria e distinta l'una dall'altra è l'essenza del negozio giuridico: data dunque una identità di canovaccio il legislatore vi può ricamare sopra quante norme speciali crederà opportuno, ma il tipo, si può pensare, è sempre quello e tutto al più si potranno formare delle sottospecie. In realtà qui convengo che una particolar disciplina (prescindo ora dall'essere o no una deviazione del diritto comune) ¹⁾ può creare un tipo speciale, o un sotto tipo (rientrante pur sempre nel tipo generale, più ampio). Così si può ammettere che il trasporto commerciale è un sotto tipo a sè nell'ambito della locazione d'opera; e che lo sarà pure il contratto di impiego, se sarà disciplinato per legge, come lo è il contratto tra avvocato o procuratore e il suo cliente. Un sottotipo a sè: colla pratica conseguenza che mentre sarà sempre doveroso il ricorso, per ogni sotto tipo, alle norme del tipo più generale cui appartiene (quindi per il trasporto commerciale a quelle della locazione d'opera) ²⁾, invece bisognerà procedere con molta cautela nell'ammettere l'estensione analogica dall'uno all'altro di questi sotto tipi autonomi. Bene spesso troveremo norme ispirate ai bisogni peculiari di una data categoria di lavoro, non estensibili per conseguenza: questo anzi, data la natura della disciplina legislativa di questi sotto tipi, mi pare sia, nel dubbio, la regola ³⁾.

¹⁾ Secondo il COPPA-ZUCCARI lo sarebbe se oltre a norme nuove, in più oltre quelle del diritto comune, ve ne hanno che modificano quelle del diritto comune. *Diritto singolare e diritto territoriale* (Modena, 1915).

²⁾ ASQUINI, op. cit., p. 95.

³⁾ Non si esageri tuttavia, in questo sminuzzamento del contratto di lavoro in sottotipi. Lo STOLTERFOTH, *Beiträge zur Beurtheilung des Entwurfs*, Leipzig, 1890,

Ripetiamo poi anche che la diversità nella natura della prestazione di lavoro non conta nulla. Eppure il Bekker si è lasciato sedurre anche da questa apparente ragione di differenziazione, allorchè parlando del contratto di « assunzione di elaborazione di una cosa mobile » di cui trattava il codice commerciale germanico anteriore all'attuale nel § 272, 1, nota che è una sotto specie della *locatio operis*, ma che i due contratti in realtà possono costituire due tipi distinti « poichè il considerare come giuridicamente identici i contratti con lavandaie o lustrascarpe, ecc., e quelli con costruttori o appaltatori di costruzioni, non ha in sè una ragione intima giustificatrice ». L'osservatore superficiale, o che giudica i fenomeni giuridici da un punto di vista esclusivamente sociologico, potrà arrivare a questo risultato. Ma chi penetri addentro coll'occhio del giurista sperimentato nella analisi di quei fenomeni, troverà che, salvo il diverso modo di applicazione proveniente dalla diversa natura della prestazione, le norme, i principî generali fondamentali sono sempre quelli, perchè dappertutto vi è lo scambio di mercede contro la prestazione di lavoro considerato sotto il medesimo aspetto.

Nelle pagine che seguono cominceremo da quelle forme di lavoro in cui può predominare il lavoro muscolare e procederemo verso quello in cui il lavoro intellettuale va prevalendo.

248. Di un contratto di lavoro industriale in genere, data l'ampia accezione in cui noi accogliamo questo « contratto di lavoro », non si può discorrere; ma di alcuni tipi di contratto di lavoro che all'esercizio dell'industria si riconnettono. Il codice non se ne occupa se non riguardo a uno di esse: al contratto di lavoro autonomo industriale (imprenditore, artefice); art. 1629 sg.¹⁾. Si può dire anzi che il titolo della locazione di opere non si occupa se non di questa, trascurando completamente il lavoro subordinato industriale²⁾; di cui viceversa si preoccupa largamente nella legislazione sociale³⁾. Ap-

pag. 70, nota contro il LOEWENFELD l'assurdità di creare tanti tipi di contratto quante professioni. La legge non può infatti regolare le particolarità delle varie professioni: una parte notevole va rilasciata al naturale, libero, spontaneo rigoglio della vita sociale. Di qui la possibilità di ridurre tutte quelle professioni sotto poche categorie. In questo senso cfr. la *Staatsbürgerzeitung* 22 giugno 1887; FRESE, *Vermögensverwaltung und Willensvertretung*, I, pag. 208.

¹⁾ In un progetto di legge dall'on. GUELPA presentato il 18 aprile 1894 era proposta una modificazione all'art. 1627 richiamante per la locazione di opere di cui al num. 1 che ha luogo negli opifici industriali le disposizioni contenute nella proposta GUELPA di legislazione sociale (Legisl. XVIII, 1.^a sessione; doc. e prog. di legge, n. 296), di cui ridiscorreremo in luoghi opportuni.

²⁾ BOISSARD, *Le contrat de travail* (1910), p. 52.

³⁾ Il lavoro industriale è certo il tipo di lavoro più abbondantemente tutelato dallo Stato. Cfr. SCHAEFFLE, op. cit., pag. 621 (in *Jahrb. f. Nationalökon.*, 1896).

punto perciò è bene avere un'idea possibilmente chiara di quello che è il lavoro industriale. Naturalmente qui mi limito a un breve richiamo di concetti già noti.

La parola « industria », oltre che nelle leggi del lavoro, ricorre anche nei nostri Codici. Così ad es. negli art. 1702 e 1711 (apporto sociale di industria), in cui la parola sta ad indicare generalmente « esplicazione di attività di lavoro »¹⁾, e non allude affatto, a mio avviso, al concetto rigorosamente tecnico dell'industria. Generalmente possiamo contrapporre l'industria al commercio in senso stretto²⁾, definendo la prima come il procacciamento diretto dei beni utili³⁾. Ma bisogna subito osservare che in quanto si faccia del commercio il procacciamento indiretto dei beni utili⁴⁾ si allude all'attività intermedia che si limita ad avvicinare i prodotti, così come sono (senza mutamento di forma), al consumatore, senza comprendervi la pura attività di trasloco (trasporto), che rientra, secondo un concetto lato ma tecnico, nell'industria. La quale consiste dunque più propriamente, nell'aggiungere mercè l'attività dell'uomo a una cosa una data qualità che le conferisce una nuova utilità, che cioè la renda atta a sod-

¹⁾ Questo è pure il concetto, in sostanza, della « Gewerbe » presso alcuni scrittori tedeschi (es. STRIER-SOMLO, *Die neueste Entwicklung d. deutsch. Gew- und Arb.-Schutzrechts* (1910), p. 7), qualunque attività lecita proseguita regolarmente a scopo di guadagno per conto proprio e professionalmente. Dunque un'attività per ottenere un reddito; inoltre un'attività duratura. La legislazione industriale però, come poi vedremo, attenua questo concetto. Cfr. ELSTER, nel suo *Lexikon d. Arbeitsrechts*, p. 471 (v.º *Gewerbebetrieb*). Tutti poi escludono l'attività di genere intellettualmente elevato (come le *artes liberales*, artistiche, ecc.). Si tratta, in sostanza, di espressioni convenzionali, a cui le tradizioni linguistiche e legislative di un popolo possono dare varia portata. Certo: nel concetto nostro non si può escludere *a priori* un'attività prevalentemente intellettuale: l'opera di un direttore tecnico di officina, che può avere ben poco di manuale, in quanto si riannoda all'azienda industriale come io l'intendo non può (a differenza ad es. della germ. *Gewerbeordnung*) non considerarsi come lavoro industriale. Certamente si dovranno escludere le professioni liberali dalla categoria dell'attività industriale, per quanto, in un senso iatissimo che non è il nostro, produttivo è certo anche il lavoro dell'avvocato, se i suoi guadagni superano le spese. SUPINO, op. cit., p. 45.

²⁾ Perché in senso lato il commercio può intendersi come industria commerciale, se si fa dell'industria un sinonimo di attività umana. Così ad esempio SUPINO, *Econ. polit.*, p. 48; TORRENS, in *Bibl. Econ.*, I, 11, p. 29 (industria commerciale, comprendente il trasporto e la distribuzione).

³⁾ COGNETTI DE MARTIS, in *Bibliot. dell'Econ.*, V, 2, p. XXXIII. Cfr. KLEIN-WACHTER, *Lehrbuch der Volkswirtschaftspolitik* (1911), p. 88.

⁴⁾ In ambo i casi vi è attività, lavoro: ma non sempre la forma giuridica è quella del contratto di lavoro; lo è quando il lavoro prevniga sulla materia. E ne l'attività commerciale di chi si interpone tra l'industriale e il consumatore l'attività è sempre in sott'ordine in confronto alla materia nei rapporti tra il commerciante e il consumatore (acquirente).

disfare a un determinato bisogno umano ¹⁾ cui prima non era in grado di soddisfare ²⁾. Tanto basta per il carattere industriale del lavoro; il fine che questa attività trasformatrice o attributrice di utilità nuove si propone nell'intenzione di chi la pone in essere non importa: può essere anche di beneficenza, oltre che (normalmente) di lucro ³⁾. Quel che importa è che il prodotto dell'attività sia destinato non all'uso personale di chi se ne giova, ma alla richiesta di terzi, che ne abbisognino ⁴⁾.

I dissensi nascono anche più numerosi quando si tratta di determinare quali branche dell'attività umana realmente cadano nel concetto di industria. Ma il punto di partenza or ora indicato è tale mi pare, da semplificare l'argomento.

Certamente vi rientra la produzione trasformatrice di materie prime, rese, con mutamento di forma, con aggregazioni, ecc. atte a soddisfare un nuovo bisogno. Con ciò si suol pensare, anzitutto, all'attività che si propone primariamente questa elaborazione (fabbrica, manifattura) ⁵⁾.

¹⁾ Cfr. CLARK, *Principes d'économie* (1911), p. 70. Anche per la Cassaz. francese 3 agosto 1903, cit. in GRILLET, *La réglementation du trav.*, p. 10, « l'industria trasforma l'oggetto a cui si applica a differenza del commercio in cui non si fanno che scambi ». E GRILLET pure, p. 9. Veramente in un certo senso anche l'attività commerciale aggiunge, come quella di trasporto, una qualità alle merci: l'accessibilità; con ciò accresce l'utilità dei beni (cfr. ARCANGELI, in *Riv. dir. comm.*, 1914, 1, p. 590), agevolando gli scambi.

²⁾ Non è facile e può anche essere pericoloso in una legge, sia pure di carattere generale, dare una definizione positiva del lavoro industriale. Infatti la *Gewerbeordnung* german. (§ 6) ne dà un criterio negativo, determinando quali forme di attività non sono industriali (pesca, educazione, avvocati e notai, imprenditore e agenti di emigrazione, farmacia, assicurazione, ferrovie, lavoro marittimo, l'impresa agricola, l'attività letteraria e artistica). Su questa classificazione ancora appresso.

³⁾ Cass. franc. 28 marzo 1901, in GRILLET, op. cit., pag. 11. Il concetto dello scopo di guadagno come elemento essenziale è invece dai più riconosciuto specie nella dottrina germanica: cfr. ELSTER, cit.; CROME, *System*, II, 2, p. 667. La quale però non bisogna dimenticare che si trova di fronte a un sistema di regole positive nettamente determinate nella *Gewerbeordnung*. Cfr. il *Rechtslexikon* del POSENER, I, p. 660; BAIL, *D. Rechtsverhältniss* ecc., p. 9. Perciò la costruzione di una casa per sé, non per affittarla, non sarebbe attività industriale. Si vedrà poi se, quanto alla subordinazione alle leggi commerciali del lavoro industriale, a questo risultato si debba addivenire.

⁴⁾ Così DIERIG, *Die Kohalitionsfreiheit*, p. 5.

⁵⁾ Fabbrica e manifattura non differirebbero che per la ampiezza maggiore nella prima, minore nella seconda dei mezzi di lavoro (specialmente macchine). PHILIPPOVICH, op. cit., II, 1, p. 88; SOMBART, in *Braun's Archiv*, XIV, 353; DEUTSCH, in *Verein f. Socialpolit.*, 1912 (XXXVIII), p. 86. Non credo esatto però limitare, col BUCHER, in *Handwörterb. d. Staatswiss. v. Gewerbe*, la manifattura (in cui domina l'elaborazione manuale) al lavoro a domicilio, nel senso in cui questo è inteso comunemente.

Ma questa però non è che un'espressione più ristretta di un concetto più ampio, in cui non ci imbattiamo solamente nella elaborazione fondamentale di materia prima, ma in una modificazione anche di fattori di produzione naturali, resi più atti a soddisfare la loro funzione: es. i lavori di bonifica idraulica, costruzione di argini e canali; gallerie e strade, ecc. (cfr. art. 1, n. 2 testo unico infort. sul lavoro). Vi è però sempre, anche qui, l'impiego di materia prima. Anche le costruzioni edilizie sono certo « lavoro industriale », malgrado l'art. 1 dei due testi unici lavoro donne e fanc. e infort. sul lavoro le distinguano dagli opifici industriali. Anzi: a tutto rigore può chiedersi se l'art. 2 Regol. del testo un. lavoro donne e fanciulli (14 giugno 1909) non comprenda addirittura, ad es., la costruzione edilizia nell'« opificio industriale », considerando come tale ogni luogo ove, non essendovi macchine, siano occupati per il lavoro manuale di natura industriale più di cinque operai. Col nostro lato concetto non si sa, a tutta prima, perchè il cantiere di costruzione edilizia non sia opificio industriale! Ma così non è, perchè, oltre l'art. 1 del testo unico, lo stesso art. 2 del Regol. distingue esplicitamente l'una dall'altra, confermando l'accezione ristretta del vocabolo « lavoro di natura industriale ». La conseguenza è che a termini della legislazione sociale per « lavoro industriale », nel dubbio, si intenderà a preferenza l'attività elaboratrice manifatturiera o di fabbrica.

I dubbi nascono quanto alla produzione della materia prima, che non implica dunque sua elaborazione. Ma ora si è discretamente d'accordo nel comprendere nell'attività industriale, intesa in un senso molto lato, anche le cosiddette industrie estrattive o appropriative; qui la cosa sussiste in grembo alla terra, non è accessibile se non con la estrazione. L'attività mineraria cade dunque indubbiamente nell'orbita dell'attività industriale; benchè in un senso più ristretto, come s'è visto, si possa limitare l'industria alla attività elaboratrice di materia prima ¹⁾. E vi ricade, a tutto rigore, anche la pesca e la caccia ²⁾.

¹⁾ Come fanno ad es. l'art. 1, testo unico sul lavoro delle donne e fanciulli, e l'art. 1, testo un. infortuni sul lavoro, che distinguono « l'esercizio delle miniere cave e torbiere », e « gli opifici industriali ». Tuttavia qui si distingue specialmente il cantiere minerario dalla manifattura o fabbrica, senza escludere che a rigore anche il primo rientri nella categoria dei cantieri industriali. Qui alludiamo, si intende, all'« esercizio delle miniere, cave e torbiere » come attività estrattiva. L'art. 1, Regol. infort. sul lav., vi comprende anche la lavorazione sul luogo del minerale estratto; così come il trasporto al primo punto di caricamento: ma questa è attività industriale (anche nel senso stretto e rigoroso) accessoria.

²⁾ Che però la *Ger. Ordu.* tedesca esclude dalle imprese industriali cui quell'ord. gener. si riferisce. Per lo più vi si comprende invece l'industria mineraria. Cfr. STIER-SOMLO, in *Deutsche Socialgesetzeb.*, p. 101, sg.; DIERIG, *Die Kohali-*

Maggiori dubbi incontra l'inclusione anche dell'attività agricola e rurale (agricoltura e allevamento del bestiame)¹⁾: a cui però possiamo aggiungere l'attività forestale, più vicina all'agricola che all'appropriativa. L'opinione più comune, oggi, è per l'affermativa (pel carattere industriale); e dal nostro punto di vista, molto lato, si intende benissimo, semprechè, si intende, il prodotto ecceda notevolmente il fabbisogno, e si miri a mettere in circolazione questo margine attivo²⁾. Ma anche qui debbo osservare che in un senso più ristretto si tende talora a ristabilire una differenza tra agricoltura e industria: l'art. 1, testo unico infort. sul lavoro, ce ne offre un esempio (n. 4: operai addetti a macchine destinate a uso agricolo o industriale)³⁾. Ma in ciò è da vedere, come si capisce, non tanto una conseguenza di preconcetti teorici, quanto la differente natura delle due specie di lavoro, aventi esigenze proprie anche di tutela sociale diverse l'una dall'altra⁴⁾. Certo la nostra legislazione sociale si è preoccupata più assai del lavoro industriale in senso stretto (e per me inesatto), che non di quello agricolo; e si tende oggi, non a torto, a colmare questa lacuna per ciò che concerne quest'ultimo. Del quale si è tutelato, con abbondanza di provvidenze, solo il lavoro nelle risaie.

Che infine sia attività industriale anche quella del trasporto è naturalmente ammesso da coloro che comprendono nell'industria anche l'attività commerciale (industria commerciale). Ma se anche non si arriva a ciò, nulla impedisce di rilevare il trasporto come un'attività che imprime ai beni una qualità (l'accessibilità) che li rende più utili; anche il trasporto si può quindi comprendere nella lata zona dell'« industria »⁵⁾. Le leggi che tutelano il lavoro comprendono naturalmente

tionsfreiheit, p. 5. L'art. 1, n. 2, testo un., infort. sul lav., comprende anche le imprese di pesca marittima oltre i 10 kilom. dal lido, e quelle per le spugne e coralli.

¹⁾ Così SUPINO, op. l. cit.; COGNETTI, op. cit., p. XXXIV (che usa qui « produzione », in antitesi a « fabbrica »). Anche STADTHAGEN, *D. Arbeiterrecht*, p. 63, è di questo avviso.

²⁾ Non alludo qui alle industrie agricole aventi carattere manifatturiero, ma presupponenti l'uso dei prodotti agricoli (caseifici, zuccherifici, fabbriche di spirito, ecc.). Qui siamo in piena manifattura. Così pure non hanno nulla a che fare coll'agricoltura le imprese di bonifica ecc., di cui al n. 2 dell'art. 1 cit.

³⁾ Differenza non giustificata già, come pretende lo STADTHAGEN, op. e l. cit., nota 35, dal concetto feudale, oggi ancora superstite, della proprietà fondiaria superiore al lavoro manifatturiero.

⁴⁾ Con ciò pure si spiega l'esclusione di queste forme di produzione originaria dall'orbita della *Gewerbe Ordnung*. Cfr. BAIL, cit., p. 68.

⁵⁾ Il commercio fu definito come attività di trasloco (COGNETTI, cit., p. XXXIV): e in un certo senso, come abbiamo osservato, anche il commerciante, intermediario, rende più accessibile al consumatore i prodotti. Tuttavia è proprio il trasporto che a ciò arriva; il trasporto cui provvede lo stesso commerciante, il quale comperi

anche il lavoro di chi è addetto a un'impresa di trasporto; ma lo menzionano a sè, riferendo l'attività industriale agli opifici. Già ho rilevato questa limitata accezione del vocabolo nella legge (art. 1, n. 1 e 2 testo un. infort. sul lavoro).

Una notevole importanza giuridica ha la distinzione tra grande e piccola industria (che io intendo sempre nel concetto più lato, che non coincide interamente con quella della legge). È distinzione che riposa sulla maggiore o minore ampiezza dei mezzi di cui l'attività industriale si giova per raggiungere la meta prefissa. Per l'attività industriale nel senso più stretto (elaboratrice di materia prima)¹⁾ coincide con la distinzione tra fabbrica (« un enorme automatico dotato di intelletto e risultante di più organi meccanici che agiscono con ininterrotto accordo per produrre il medesimo oggetto »)²⁾, e la manifattura (produzione manuale o prevalentemente tale), che ha per campo suo d'azione l'officina³⁾. Un criterio pratico di differenziazione è quello della sussistenza o no di macchine non messe in moto direttamente dall'operaio che le usa. La fabbrica comprende queste macchine largamente. È il macchinismo dunque, che ha operato oggi la fondamentale distinzione: la piccola officina non si può permettere il lusso di macchine di questo genere. Altri criteri distintivi possono pure avere qualche importanza: ad es. che il proprietario dell'azienda partecipi o no personalmente al lavoro di produzione; che vi sia un numero più o meno rilevante di operai⁴⁾.

È però chiaro quanto relativi siano questi indici. La loro portata varia secondo il punto di vista da cui ci si colloca. Se alludiamo proprio

per rivendere. Del resto osservo ancora che questi non sono che concetti dai limiti molto elastici, e su cui quindi non insisto troppo.

¹⁾ Ma quello che diciamo vale anche per le altre forme di industria. Ad es. per quella dei trasporti. È qui anzi che insiste talora la nostra giurisprudenza per questioni riferentisi agli infortuni sul lavoro.

²⁾ ANDREW URE, *Philosophy of manufacturers*, p. 13. Un curioso automatico, però, questo cui occorre anche l'intelligenza dell'azione umana, eminentemente variabile! Cfr. pure la definiz. della fabbrica nel § 407 dell'*allg. preuss. Landr.* (« stabilimenti in cui si attua in grande l'elaborazione... »); TONIOLO, *La produzione*, p. 258 (nella fabbrica l'industriale è insieme anche mercante, facendo spaccio al pubblico dei prodotti). Cfr. MONTESSORI, in *Rivista dir. comm.*, 1912, I, 411, sg. E soprattutto FISCHER, *La définition de la fabrique en droit moderne* (Yverdon), 1906; SIGG, *La protect. lég. du travail en Suisse*, p. 122 e 171.

³⁾ Cfr. in una *Novella industr. austr.* del 1883, n. 252, una rassegna dei vari tentativi di distinzione tra fabbrica e officina, in append. a resoconti stenografici della Camera dei deput., IX Sess., p. 108. È quasi impossibile tracciare una praticamente esatta linea differenziale. Cfr. pure LORIA, *Sintesi econom.*, p. 22.

⁴⁾ Cfr. BAIL, cit. p. 31. Ricordiamoci che ad ogni modo è assurdo limitare il compito del grande industriale, di fronte al committente, a una pura attività commerciale. Cfr. sopra, p. 687.

alle grandi agglomerazioni di mezzi di produzione potremo fissare ad es. un limite minimo nel numero di operai molto forte ¹⁾. Se invece si considera la cosa dal punto di vista dell'opportunità di accollare gli oneri conseguenti alla tutela del lavoro il limite minimo per ammettere la fabbrica (opificio industriale) sarà molto minore. E infatti per la legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli ²⁾ è opificio industriale ogni luogo dove sussistano macchine come sopra (qualunque sia il numero degli operai). Per la legge sugli infortuni i due indici debbono concorrere ³⁾.

Quello che più preme, qui, è indicare non tanto le cause che praticamente danno luogo a questi concentramenti di mezzi di produzione, o di attività industriale (tutti i trattati d'economia politica ne discorrono), quanto (dal mio punto di vista della disciplina giuridica del lavoro) le conseguenze di quella bipartizione.

Ora: a tal proposito è certo, in via generale, che la grande industria ha dato al contratto di lavoro atteggiamenti così nuovi e peculiari, in confronto all'antico, che nella dottrina è sorto il dubbio se non si tratti di un contratto di tipo autonomo, diverso dalla « locazione di lavoro ». Che questo non sia vero, può già risultare dal fin qui detto. Vediamo in succinto i principali tra questi nuovi atteggiamenti.

Un effetto, il più importante, della grande industria è stato il concentramento e l'agglomeramento di un gran numero di operai dipendenti dal medesimo capo, e tutti riuniti a lavorare nel medesimo luogo. Alla benevolenza di cui era intessuto l'antico rapporto locativo a tipo patriarcale, presupponente pochi lavoratori o garzoni attorno al maestro nella vecchia e gloriosa bottega, succede, come conseguenza del gran numero, una sempre maggior distanza tra l'industriale e i suoi operai; e con ciò (per l'imponenza del macchinismo) la sempre maggior difficoltà per il lavoratore subordinato di assorgere a lavoratore autonomo (imprenditore) ⁴⁾, l'eliminazione quindi del contatto personale, eliminazione inducente bene spesso l'attenuazione della benevolenza, la necessità di una disciplina rigida ⁵⁾; l'acutizzazione insomma

¹⁾ Il BENOIST, *L'organisat. du travail*, p. 151, fissa a 500 questo limite. Naturalmente ciò può importare soprattutto come punto di partenza per indagini statistiche. Le statistiche ufficiali tedesche hanno adottato addirittura il limite minimo dei 1000 operai.

²⁾ Art. 2, Regol. relat.

³⁾ Art. 1, n. 3, testo un. relat.

⁴⁾ PHILIPPOVICH, op. cit., II, 1, p. 88. Vi è però il vantaggio di una maggior stabilità del rapporto locativo, per la maggior garanzia di durata che è propria delle grandi imprese. Sono due effetti collegati alla medesima causa. Cfr. in genere MODICA, *Contr. di lavoro*, p. 54; MARX, *Kapital* (1890), I, p. 334, sg.

⁵⁾ Alla quale abbiamo già sopra accennato. È il rimprovero fatto alla grande

del rapporto di subordinazione e la struttura autocratica nella disciplina del rapporto. Si è formata perciò quella che i socialisti chiamano la « proletarizzazione » di una gran massa di lavoratori ¹⁾. A tutto ciò si aggiunga il maggior rischio per l'operaio, in ragione dell'accresciuta produzione, e del macchinismo ²⁾. Tutto ciò, sorretto e provocato dall'agglomeramento e dalla comunanza dei bisogni, ha creato il moderno fenomeno dell'associazionismo operaio ³⁾.

Ecco dunque la triplice conseguenza della grande industria. Quanto al contratto di lavoro individuale è l'industriale che ne fissa le clausole (« contratto d'adesione »). A questa autocrazia si contrappone però l'unione sindacale dei lavoratori ⁴⁾, che invade la stipulazione del contratto, trasformata bene spesso in stipulazione collettiva, e non più individuale (risultato, del resto, cui già arriva per conto suo l'industriale, che, per l'agglomeramento di lavoratori, è costretto a sostituire, in un certo senso, la disciplina collettiva a quella individuale del lavoro) ⁵⁾. La collettività operaia organizzata decide talora la scelta del personale; influisce e preme sul rapporto giuridico tutto quanto. È una potenza contrapposta a una potenza. È chiaro che colla piccola industria e coll'artigianato a questo non si sarebbe giunti. E infine l'intervento di una tutela legislativa dei lavoratori per la grande in-

industria: l'operaio è un numero, un incognito, come i reclusi nelle carceri. Però a questa disciplina corrisponde una maggior autonomia del lavoratore nella vita privata, impossibile col rapporto a tipo patriarcale. È dunque accusa non interamente fondata.

¹⁾ ALEXINSKI in *La Revue socialiste*, 1911, p. 445; LEXIS, *allg. Volkswirtschaftslehre*, cit. p. 52. Questo è un fenomeno contrassegnato da un inasprirsi dell'antitesi tra imprenditore e operai; antitesi sempre sussistente nel rapporto locativo, ma che può essere attenuata o aggravata.

²⁾ Cfr. BOURGUIN, *Les systèmes socialistes*, p. 142. È noto che il macchinismo ha avuto per effetto una diminuzione nella categoria degli operai specialisti (cfr. KARSKI, nella *Die neue Zeit*, XXIX anno, vol. II, n. 36 (9 giugno 1911)). E inoltre un incremento correlativo nell'impiego delle donne e dei fanciulli (cfr. appr.), per la grande semplificazione del lavoro, di cui è accresciuta la divisione. — Alla vecchia opinione, già del MARX, che il macchinismo sia indice della grande industria, il MONToux (*La revolut. industrielle au XVIII^e siècle. Le commencement de la grande industrie en Angleterre*, 1906) sostituisce il « perfezionamento tecnico in tutte le sue forme ».

³⁾ In regime di puro artigianato la dispersione degli operai rende difficile la loro coesione. E le corporazioni d'arti e mestieri (come vedremo nel secondo volume) nulla avevano a che fare con le odierne leghe operaie.

⁴⁾ Si va insomma generalizzando e rendendo più compatto (sia coll'accentramento industriale, sia coll'associazionismo operaio) il fenomeno del lavoro: coll'effetto ad es. di una minor disparità locale nel tasso dei salari (MARSHALL, *Principles*, p. 41).

⁵⁾ Cfr. BRENTANO, in *Schriften d. Vereins für Socialpolitik* (1906), p. 135, che a ciò riconnette l'indice della grande industria. Cfr. pure ivi, p. 220.

industria, non per la piccola industria: coll'avvertenza però di una tendenza nello Stato ad accrescere questo intervento della legislazione sociale, estendendola a forme nuove (ad es. l'assicurazione contro gli infortuni anche agricoli) o minori di industria: già vedemmo che, da quest'ultimo punto di vista, il limite minimo per l'intervento è abbastanza modesto.

Debbo aggiungere che la tendenza alla concentrazione nelle stesse mani di tutte le fasi di lavoro onde consta l'allestimento del prodotto ¹⁾, e la divisione del lavoro hanno condotto alla formazione di categorie svariatissime di lavoro nell'interno di una fabbrica, a ognuna delle quali corrisponde per lo più uno speciale schema di contratto di lavoro, categorie connesse tra loro da un legame di interdipendenza, che può far sentir la propria forza (come vedremo) in caso ad es. di sciopero parziale.

Dicevo ¹ che la tutela mercè intervento statale presuppone che non si tratti delle forme minime di industria; meno facilmente queste possono sopportare finanziariamente l'onere di quell'intervento, così come meno facili sono ivi quelle ragioni di intervento (es. per infortuni) che presuppongono le macchine o gli agglomeramenti di lavoratori. Inoltre il gran numero delle piccole aziende industriali renderebbe assai difficile il controllo circa l'applicazione delle prescritte misure preservative ²⁾.

Tutto ciò possiamo agevolmente constatare in quelle che sono le applicazioni tipiche della piccola industria (a manifattura): e cioè l'artigianato e il lavoro a domicilio; dell'uno e dell'altro già si è visto. L'artigiano ³⁾ (e nell'artigianato io comprendo anche la forma sua più

¹⁾ Tuttavia si verifica, per certi lavori accessori, la possibilità inversa di una separazione in gestione autonoma; cfr. sopra, n. 223. Cfr. DALLA VOLTA, op. cit., p. 34; e SABATIER, in *Revue d'Econ. polit.*, 1907, p. 736, sg. (pel quale il movimento concentratore parrebbe arrestato in Francia, con tendenza a un frazionamento di piccole imprese industriali, più numerose, e di cui il S. auspica la unione, in sostituzione alla grande fabbrica).

²⁾ Cfr. PHILIPPOVICH, cit., I, p. 175. Bisogna anche rilevare che qui manca la coalizione operaia (presupponente i grandi agglomeramenti), che possa spronare lo Stato all'intervento. Cfr. pure in SCHMOLLER's *Jahrbücher*, XXIII (1899), p. 977 sg., 1363.

³⁾ Sopra abbiám visto la difficoltà di determinare dove comincia la grande industria, e finisce l'artigianato. Cfr. BOURGUIN, op. cit., p. 182. Che l'artigianato sia diminuito, per il prevalere della grande industria è certo; sopravvive per certi lavori con cui meglio si provvede ai minuti bisogni dei consumatori. Inoltre l'artigianato rappresenterà sempre il sogno del lavoratore subordinato, che vuol conquistare l'autonomia. In generale cfr. LEXIS, op. cit., pag. 160; KLEINVÄCHTER, *Lehrbuch d. Volkswirtschaft* (1911), p. 94, 124, sg.; RICCA-SALERNO, *T. del salario*, cit., p. 240, sg.; MARCONCINI, op. cit., p. 15.

umile del « mestiere ambulante ») ¹⁾ è certamente lavoratore autonomo, come anche meglio vedremo più avanti; e lo stesso è a dire del lavoratore a domicilio. Si è visto perciò come sempre per l'artigiano, e per lo più quanto al lavoro a domicilio, non vi sia l'applicazione delle leggi sociali. Veramente il Codice civile contiene qualche disposizione riferibile all'artigianato: certo non alludo qui all'art. 1644 che presuppone la subordinazione del lavoratore all'imprenditore; ma l'art. 1646, se lo si limita al lavoro subordinato, comprende certo esclusivamente l'artigianato, e io credo inoltre estensibile la provvidenza di cui all'articolo 1645 anche al lavoratore autonomo impiegato dall'appaltatore di una costruzione; è poi dubbio, ma probabilmente da escludersi, il riferimento della prescrizione presuntiva di un anno (articolo 2139 cap. ult., che allude chiaramente al lavoro subordinato: domestici, operai e giornalieri) ²⁾.

Mentre la piena autonomia, più piena anche economicamente, non ha creato ancora un problema pressante della tutela dell'artigianato ³⁾, viceversa sussiste oggi il problema gravissimo della tutela del lavoro a domicilio ⁴⁾. Io credo, ripeto, che questo sia lavoro autonomo, quando sia contratto di lavoro (vedremo più innanzi la ragione di questa limitazione). Ed è solo in tale ipotesi (contratto di lavoro) che la questione desta grandi preoccupazioni ⁵⁾: veramente la ragione di

¹⁾ Cfr. *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, 83, p. 13, sg.; e 88.

²⁾ Altra ragione del non intervento della legge qui sarebbe, per il L. BEAULIEU, *Traité*, I, p. 295, l'eccezionalità (?) dell'artigianato; in una società non cristallizzata il tipo del lavoratore autonomo è dato dal grande industriale. In ciò vi è qualche esagerazione: se l'artigianato cede per una produzione uniforme e abbondante, o a cui occorrono grandi mezzi, viceversa non può scomparire per le prestazioni godute dall'utente contemporaneamente al lavoro (servigi, come quello del parrucchiere), prestazioni variabili da persona a persona. È soprattutto la posizione autonoma che esclude, se non il bisogno di una coalizione (perchè non mancano federazioni d'artigiani), per lo meno quel carattere impetuoso e aggressivo che per i salariati deriva dal conflitto di chi serve a chi ha il comando. Cfr. in proposito, e in genere, BORTIGER, *Geschichte und Kritik de neuen Handwerker-gesetzg. von 26, VII, 1897-1898*.

³⁾ Che sussisteva certo efficace col regime delle corporazioni d'arti e mestieri, regolatrici della concorrenza e del tirocinio.

⁴⁾ Che occorre distinguere dall'artigianato con cui confina (il PHILIPPOVICH inserisce questo in quello). Noi alludiamo qui al lavoratore nella propria dimora che non sia un'officina a sè, che non abbia ausiliari dipendenti pur potendovi essere la collaborazione familiare. È una distinzione che occorre fare, perchè si tratta di due figure economico-giuridiche differenti. Confondendole può mettere in imbarazzo, rendendo impossibile una unicità di giudizio e di trattamento giuridico. Cfr. i criteri distintivi proposti dall'uff. belga del lavoro nel 1890.

⁵⁾ Non vi è possibilità di amalgamare il caso del contadino che d'inverno nella stalla prepara piccoli utensili in legno da vendere in primavera, e la cucitrice

queste sussiste anche per il lavoro a domicilio che, caso assai meno frequente, non sia che vendita (di prodotto già elaborato dal lavoratore per conto suo); ma qui manca il committente su cui riversare eventualmente gli oneri della tutela sociale. Viceversa non rileva che il lavoratore abbia per committente l'industriale direttamente, o (come più spesso accade) un intermediario ¹⁾. Cioè: importa solo in quanto quest'ultima ipotesi, che implica quella caratteristica forma di sfruttamento che è lo *sweating system* ²⁾, peggiora ³⁾ le condizioni già tristi del lavoratore a domicilio. Tristi soprattutto per il tasso irrisorio della mercede, in confronto col lavoro intensissimo e penoso in ambienti non provvisti di quei caratteri igienici di cui si vanno provvedendo le fabbriche.

Ora l'intervento legislativo, diretto soprattutto a una determinazione amministrativa del tasso della mercede, così come a imporre al committente gli oneri di un lavoro più igienico ⁴⁾, meno intenso ecc., è stato da molti (in Francia ed in Italia) ritenuto fino ad oggi un problema quasi insuperabile. Alle ragioni che valgono per l'artigianato (l'autonomia ⁵⁾ del lavoro; la quasi impossibile attuazione di quegli oneri per cause che in fondo si connettono con questa autonomia, e infine l'impossibilità di una coesione associativa di questi lavoratori, disgregati e autonomi) si deve qui aggiungere il fenomeno naturale e invincibile della grande abbondanza di offerte di questo lavoro; malgrado le sue tristi condizioni rappresenta pur sempre un utile complemento dei salari guadagnati da altri membri della famiglia o dei sussidi della beneficenza, un prezioso sussidio per le donne che non vogliono si sappia della loro miseria, per i vecchi, per gli infermi, per le madri di famiglia e per tutti coloro, insomma, che non possano assoggettarsi al lavoro in fabbrica, alla dipendenza dell'industriale sebbene con clausole migliori ⁶⁾. È chiaro che, date queste circostanze, una pressione legislativa

che lavora perchè « deve » lavorare, sotto la pressione di un contratto di lavoro.

¹⁾ Se n'è accennato sopra a proposito del cottimo collettivo.

²⁾ Cfr. WEBB B. e S., *La lutte contre la misère*, p. 89 sg.

³⁾ Si intende che occorre si tratti di un intermediario che non rappresenti l'industriale, ma che, pur essendo eventualmente (ma non necessariamente) lavoratore subordinato verso quest'ultimo, sia però diretto committente nei rapporti col lavoratore. È certo che il divieto di questa intermediazione migliorerebbe alquanto (ma non gran che) la condizione del lavoratore a domicilio.

⁴⁾ Di questo, e della determinazione amministrativa del tasso del salario ridsorremmo nel II volume.

⁵⁾ Si consideri in specie l'atteggiamento di questa autonomia: la segretezza del lavoro (e talora della stipulazione del contratto) nel sacario della famiglia, l'isolamento di questi lavoratori. Cfr. PHILIPPOVICH, cit., p. 95.

⁶⁾ È al più possibile per i casi in cui si può sostituire il lavoro in officina o

potrebbe avere per risultato di eliminare addirittura il lavoro a domicilio, il che sarebbe un rimedio peggiore del male.

249. Riassumendo, l'azienda industriale (in senso latissimo, come lavoro di carattere industriale esercitato in modo autonomo da una persona) può passare attraverso a una gamma di dimensioni: dalla dimensione minima che è propria del lavoratore autonomo che non si giova, per attuare il lavoro commesso da terzi, di altro personale ausiliario da lui dipendente, alla dimensione massima propria delle enormi imprese, con macchine costose, e una gran massa di operai dipendenti ¹⁾. Nella piccola industria si procede dal grado minimo fino a un certo punto da cui ha inizio la grande industria, come si è visto.

Qui ci si affacciano adunque due ordini di rapporti ²⁾: a) quelli, esterni, tra il lavoratore che accentra in sè la autonoma gestione dell'azienda e il terzo, committente, che dell'opera sua si vale; e inoltre b) quelli, interni, tra quel lavoratore e il personale ausiliario di cui eventualmente si valga, e che da lui dipenda. Nella forma minima, come s'è visto, quest'ultima categoria di rapporti manca e non vi è che il rapporto esterno col committente. Ora, premesso questo quadro sintetico, noi dobbiamo ora, brevissimamente, accennare a due problemi che si riassumono nella natura giuridica di questo duplice ordine di rapporti dal punto di vista della natura del contratto di lavoro, e da quello della disciplina commerciale del rapporto.

in fabbrica (es. il lavoro a domicilio dei lavoratori calzolai, che appunto invocano l'abolizione, come l'abolizione del cottimo: occorre però notare in proposito che il lavoro a domicilio crea una concorrenza al lavoro di fabbrica, che ne rinvilisce i salari!). La legge danese del 29 aprile 1913 riserba al ministro dell'interno di vietare per certe industrie il lavoro a domicilio, e stabilire regolamenti relativi ai locali da ufficio e insieme da abitazione. Cfr. però soprattutto la legge germanica 20 dic. 1911, che disciplina minutamente il lavoro a domicilio (vedine un riassunto in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, 282-283). Il lavoro a domicilio è stato disciplinato in specie dai popoli di razza anglo-sassone, specie per il lavoro di sartoria; e in quelli tedeschi. Cfr. in genere le monografie del MARCONCINI, e del CHIESA, già cit. Non è mio compito ricordare qui tutta l'enorme bibliografia che sull'argomento s'è andata agglomerando: mi limito a ricordare il saggio statistico dello SCHIAVI, in argomento. Lo SCHIAVI conclude giustamente, che il lavoro a domicilio sfugge a ogni protezione legislativa. Bisognerà vedere, però, gli effetti della legge germanica!

¹⁾ Non è il caso dunque di distinguere il contratto di lavoro industriale, facendone un contratto di lavoro d'ordine inferiore, dato il ceto sociale dei lavoratori (operai). Contro questa teoria è esattamente il LOTMAR, *Arbeitsvertr.*, I, p. 299. È la qualità del lavoro, non il ceto sociale che importa.

²⁾ Ciò lascia dunque già sospettare come nella zona del lavoro industriale sussistano non uno solo, ma più tipi di contratti di lavoro: quello di lavoro subordinato e autonomo, a tempo e a cottimo. Dire qual'è il tipo dominante è proporre una questione non solubile, perchè, appunto, occorre distinguere: i lavoratori che non hanno la capacità tecnica e finanziaria di assumere la gestione del lavoro saranno lavoratori autonomi. Numericamente sono i più numerosi.

Dal primo punto di vista va subito accennato che il rapporto interno coi dipendenti che danno l'opera loro è certamente sempre un contratto di lavoro; e più esattamente di lavoro subordinato, cioè locazione di opere ¹⁾. Sappiamo anche che questo può comprendere lavoratori manuali (es. operai), e prevalentemente intellettuali. Qui mi soffermo brevemente sulla prima categoria, importante a determinarsi, per la tutela che ad essi accordano le leggi a preferenza che a quelli della seconda categoria.

Nella prima categoria ci interessano soprattutto quei lavoratori che sogliono chiamarsi « operai ». Di operai discorre il Cod. civile (art. 1645, in apparenza limitatamente all'impresa di costruzione di un edificio o di altra opera notevole), l'art. 2139 cap. ult. (« operai e giornalieri »); cfr. pure art. 521 Cod. comm. Ma maggiori particolari rinveniamo nelle leggi speciali sul lavoro.

Sintetizzando ritroviamo intanto come primo carattere di questa figura economico-giuridica la subordinazione all'imprenditore, come s'è visto (locazione di opere): il rischio della gestione del lavoro grava il creditore di lavoro ²⁾. Secondo carattere è la manualità del lavoro, o per lo meno la prevalente sua materialità. Veramente in un senso molto lato, e non tecnico, si può chiamare operaio anche il lavoratore intellettuale (lo scrittore sarebbe l'operaio del pensiero!) ³⁾. E a questa ampia accezione sembra in realtà ispirarsi l'art. 2 n. 1, t. u., infortuni sul lavoro, che ritiene operaio anche chi non partecipando materialmente al lavoro soprintende al lavoro altrui. In realtà, anche prescindendo dal carattere singolare di questo art. 2, che può avere determinato la portata della parola « operaio » agli effetti particolari dell'assicurazione obbligatoria, io credo che si possa in generale conservare questa estensione, escludente il presupposto di una partecipazione materiale al lavoro, perchè in sostanza anche chi dirige il lavoro in un certo senso lato vi partecipa. Ma semprechè ci si limiti (come è anche concetto dell'art. 2 citato) a una sorveglianza di non grande levatura: tale non sarebbe quella del direttore generale di un grande opificio. Anche la considerazione del ceto sociale ha qui la

¹⁾ A questa categoria, nella sua generalità, allude l'art. 1644 (persone impiegate dall'imprenditore). Non vi è ragione per escluderne i lavoratori prevalentemente intellettuali.

²⁾ Conformi REGUENANT, *Ouvriers et patrons* (1907), pag. 8 (chi eseguisce un lavoro mettendo le sue forze a servizio della attuazione materiale di un piano concepito da altri); CARNELUTTI, *Infort. sul lav. (Studi)*, I, p. 61.

³⁾ Questa lata concezione cfr. ad es. in LEROY-BEAULIEU (cit. dal DESJARDNIS, *Questions sociales*, p. 340): anche l'ingegnere nella fabbrica, il giornalista nella redazione di un giornale! Questo, forse, per nobilitare questa figura, e sostituire più in genere, all'operaio e padrone, l'impiegato e l'impiegante.

sua importanza, e l'art. 2, coll'esigere un limite massimo di mercede (7 lire) e la riscossione a periodi non troppo ampi, rispecchia chiaramente questa limitazione ¹⁾. È, anzi, con questa lata interpretazione che io propenderei a interpretare l'art. 1 del R. D. 9 maggio 1912, n. 470, sulla concessione speciale per gli operai e braccianti, che ritiene operai (o braccianti) « coloro che lavorano manualmente al servizio altrui..... » ²⁾.

Che l'« operaio » comprenda qualunque forma di lavoro industriale non vi ha dubbio. Ripeto, però, che non è questo un concetto rigido, ma determinato soprattutto dalle consuetudini del lavoro industriale da una parte, dalle leggi che tutelano il lavoro dall'altra. Nel senso della pratica industriale io credo che si possa forse foggare un concetto astratto, da valere se non si cada sotto l'applicazione di una legge speciale che intenda diversamente la figura dell'operaio. E in quel concetto astratto e generale io credo rientri qualunque lavoratore materiale addetto a un'azienda di carattere industriale, purchè destinato all'allestimento diretto del risultato che l'azienda si impegna a produrre nei rapporti coi terzi. Non quindi, ad esempio, il portinaio dello stabilimento, o la guardia notturna ³⁾; ma vi rientra, oltre all'elaboratore della materia prima, chi la trasporta o trasporta il prodotto, il magazziniere, ecc. E questo credo, del resto, il concetto accolto anche nel testo unico infortuni, che nell'art. 2 allude a chi partecipa materialmente al lavoro; e ricorda solo la funzione di vigilanza di chi dirige o sorveglia il lavoro.

Che poi sia operaio anche quello addetto al lavoro agricolo, non è, certamente, nell'accezione più comune di quel vocabolo; tanto che non vorrei estendere fino a questo punto quel concetto generale ed astratto. Ma anche qui non si può neppure escludere recisamente l'affermativa per qualche legge speciale. Infatti la citata concessione ferroviaria annovera tra gli operai anche i « campagnuoli », cioè i lavoratori subordinati dei campi ⁴⁾. Questo però non è un indice decisivo, per il caso

¹⁾ Entro questi limiti si può ritenere operaio anche un professionista dottore in chimica che sovrintenda al lavoro altrui: occorre che si tratti di attribuzioni modeste.

²⁾ Questo decreto limita l'operaio al lavoratore a tempo. Ma prescindendo dallo speciale riferimento di quella concessione ferroviaria, in realtà il concetto generale è più ampio: che il cottimista (subordinato) sia operaio si rileva dall'art. 2, unum. 1, t. u. inf. sul lavoro. In senso invece dubitativo VIDARI, in *Dir. comm.*, 1903, 328 (a proposito del prog. legge ital. del 1902 sul contr. lavoro del quale cfr. del resto art. 14).

³⁾ Pret. Urb. Milano, 11 marzo 1908, *Contr. lav.*, 1908, 297. Ma il custode di un deposito di polveri piriche ai termini del testo unico sugli infortuni fu considerato operaio (Cass. pen., 4 aprile 1907, *Contr. lav.*, 1908, 206). Sul concetto di operaio per questa legge cfr. AGNELLI, *Comm.*, p. 49 sg. E in generale PIC, *Traité*, n. 891.

⁴⁾ E così pure l'art. 2, n. 4, t. u. inf. sul lav. ma limitatamente agli addetti alle macchine. Questa legge è fedele, almeno sino ad oggi, al concetto astratto.

di dubbio, postochè si tratta di una interpretazione autentica che può avere anche un valore limitato alla legge particolare in cui è contenuta. Del resto (posto che proprio una legge non si curi di determinare la portata di questo vocabolo, cioè la portata della legge stessa) ⁴⁾ si potrà adottare l'accezione più lata quando si tratti di una disposizione in favore delle classi lavoratrici ⁵⁾.

Abbiam già più volte accennato come l'operaio sia, più di ogni altro lavoratore, tutelato dalle leggi sociali. A questo proposito però occorre distinguere l'operaio della piccola da quello della grande industria; la loro condizione differisce. Nella piccola industria è quasi ³⁾ l'associato dell'artigiano da cui dipende, e della cui famiglia quasi fa parte (specie quando vi sia coabitazione): ciò per il maggior contatto, per la minor differenza di ceto sociale, per la partecipazione dell'artigiano al lavoro materiale. Non così invece per l'operaio della grande industria ⁴⁾. È oggi, dunque, quello che un tempo, quando le corporazioni affratellavano maestri e garzoni ⁵⁾. La grande industria ha scavato un abisso sempre più profondo tra le parti. Cosicchè il Langlois può sino a un certo punto asserire che nella piccola industria il rapporto fiduciario è più intenso, il contratto è individuale, cioè stipulato *intuitu personae*; il rapporto è insomma ispirato a maggior benevolenza ⁶⁾. Questa è la ragione che si associa ad altre, già ricordate, nel senso di limitare la tutela della legislazione sociale agli operai della grande industria.

Passando all'altra categoria di rapporti (esterni), che si accentrano nel lavoratore industriale autonomo, e si rivolgono al committente, sappiamo che, sia pure limitatamente al lavoro a cui abbia dato impulso la domanda del committente ⁷⁾, vi è contratto di lavoro se predomina il lavoro ad altri elementi di cui l'organizzazione del lavoratore (imprenditore) si serve ⁸⁾. Il dubbio non può nascere per quelle

⁴⁾ Talora il concetto lato risulta dal richiamo di altre espressioni anche più late; es. nel cit. art. 2139, cap. ult., Cod. civ. Il concetto lato è escluso nella legge sugli infortuni quanto ai lavoratori dei campi.

²⁾ Il giudizio se un lavoratore sia o no operaio fu giudicato essere sottratto all'esame delle Cassazioni. Cfr. Cass. 19 maggio 1911, *Contr. lav.*, 1911, 77. Ma ciò non è esatto quanto ai criteri astratti che hanno guidato il giudice di merito.

³⁾ Quasi, si intende. Sappiamo la differenza che corre tra contratto di lavoro e negozio a struttura associativa. Cfr. sopra, p. 204 sg.

⁴⁾ Perciò il BUREAU trova inapplicabile a questo contratto di lavoro (*Contr. de trav.*, cit., p. 103) la teoria del salario sorta un tempo per la piccola industria, che giustificava il punto di vista della scuola liberale. Mi limito qui ad un semplice accenno.

⁵⁾ LEXIS, op. cit., p. 7; LANGLOIS, *Contr. de travail*, cit. (1907), p. 23.

⁶⁾ Abbiamo anche visto che nella piccola industria l'operaio dipendente può più facilmente assorgere a lavoratore autonomo. V. PHILIPPOVICH, cit., I, p. 517.

⁷⁾ Ciò accade in specie per l'artigianato. Cfr. appr.

⁸⁾ Cfr. sopra, p. 646. Abbiam visto che attività organizzatrice nell'imprendi-

forme di impresa industriale in cui, come il trasporto, indubbiamente il capitale impiegato non è che strumento per l'attività di trasporto, che è lavoro ¹⁾, ma per la manifattura e la fabbrica.

È non può costituire una difficoltà ²⁾, in questi casi in cui l'elemento lavoro prevale tra i fattori dell'organizzazione ad impresa, il fatto che questo lavoro non provenga direttamente dall'imprenditore, ma da terzi (a lui collegati dai rapporti interni che abbiām visto), di cui l'imprenditore si giova ³⁾. In realtà occorre osservare anzitutto l'importanza del lavoro di organizzazione; e, soprattutto, questo: che il lavoro degli operai, impiegati, ecc., rientrando nella cerchia della organizzazione di lavoro gerita dall'imprenditore, è come se fosse lavoro suo, di fronte ai terzi; quei collaboratori dipendenti da lui sono in un certo senso la sua *longa manus*, cioè gli stromenti da lui maneggiati ⁴⁾. Egli ne ha i rischi (sempre per i terzi), così come se ne appropria il risultato ⁵⁾.

In realtà anche la locazione d'opera, come tutti gli istituti giuridici rispondenti ai bisogni perenni della vita, ha dovuto assoggettarsi all'opera

tore vi è sempre; vi è quel talento coordinatore dei vari fattori della produzione che, a differenza della detenzione pura e semplice di capitali e di energie di lavoro, è dono di pochi, e spiega la possibile elevatezza del profitto. Cosicché, mentre da alcuni si tende a deprezzare questa funzione attiva, facendo dell'imprenditore un puro agente commerciale (sopra, p. 687), altri per contro vedono nell'imprenditore solamente il vero e unico agente di ripartizione: capitale, lavoro, natura, non sarebbero che strumenti nelle sue mani. Tutto questo non toglie che giuridicamente, quanto ai rapporti esterni coi terzi, occorra indagare quale tra gli elementi-strumenti di cui l'imprenditore si serve prevalga. Così il GONDI, *Il lavoro*, p. 27 (il quale però a torto, a mio avviso, esclude che l'imprenditore abbia per funzione propria il lavoro, potendo essere solo un capitalista: ciò è esatto solo se si allude alla materiale partecipazione al lavoro-strumento). È chiaro che se la materia prima e la natura prevalgono decisamente, quell'attività organizzatrice non ha giuridicamente che l'importanza del lavoro necessario al venditore per porre in essere la prestazione di dare.

¹⁾ Cfr. sopra, p. 572. Cfr. ASQUINI, op. cit.

²⁾ Cfr. già sopra, p. 645-646.

³⁾ È obbiezione che ha impressionato più d'uno, distogliendoli dall'ammettere qui una locazione d'opera. Cfr. BRUSCHETTINI, che ammette qui una « assunzione », non una « *faciendi necessitas* »: in *Foro it.*, 1900, 1, 476, e contro di lui la mia nota nel *Diritto comm.*, 1900, col. 542 sg.: cfr. sopra, p. 571, nota 2. Anche il DANKWARDT, era in quest'ordine di idee, col suo contratto di « *entreprise* » (Confronta sopra, p. 687). Egli prende le mosse dal carattere di atto di pura speculazione attribuito all'opera dell'imprenditore (cfr. or ora, p. 781, nota 8): egli non lavora, ma si giova del lavoro di altre persone. Sarebbe un tipo di contratto distinto dalla *locatio operis*.

⁴⁾ È quanto esprime il CARNELUTTI, appr. cit., pag. 226, dicendo che il lavoro dell'ausiliario è giuridicamente prestato dall'imprenditore.

⁵⁾ Così si spiega, la responsabilità estracontrattuale dell'industriale pel fatto dannoso arrecato a terzi dai propri dipendenti: art. 1153, cap. 3.

lenta, ma perseverante e adattatrice della evoluzione. Si capisce che nella sua fase originaria avesse una portata adeguata all'economia nazionale non gran che sviluppata. Il *redemptor operis* aveva spesso una cerchia di attività limitata; il suo lavoro diretto nella elaborazione dell'*opus* era rilevantissimo: le fonti ci danno quasi sempre esempi di questo genere. Però anche nella ristretta cerchia di attività aveva parte non piccola il lavoro di organizzazione, quello che i giuristi romani chiamavano *consummatio operis*. Il lavoro di organizzazione esiste sempre per qualunque *opus*; tutto sta nel grado maggiore o minore di essa, che per lo più varia secondo l'importanza del risultato di lavoro. — Con questo non dobbiamo però credere che in Roma antica mancassero più o meno ampie organizzazioni di lavoratori guidati da un *redemptor operis*. Abbiamo anzitutto l'origine storica della *locatio* o *redemptio operis*, indubbiamente di carattere pubblicistico; si trattava dei grandi lavori pubblici: ad es. riattamento di edifici pubblici, assunti da un *redemptor*, che certo doveva essere a capo di un vasto nucleo di lavoratori. Poi l'istituto irruppe nel sistema del diritto privato. Anche su terreno meramente privatistico, certo è che i giuriconsulti non dovettero per nulla scoprire una figura anomala in quelle organizzazioni. Esse erano sempre una *redemptio*, e cioè una *locatio operis* puramente e semplicemente. Ed era appunto l'istituto della schiavitù che agevolò l'adattamento di quelle organizzazioni al tipo classico della *locatio operis*. I lavoratori erano per lo più schiavi, considerati quindi come meri strumenti nelle mani del *redemptor* o *conductor*: l'attività vera suprema direttrice, l'attività responsabile (presupponente un subbietto di diritti) si concentrava tutta ed unicamente nel *redemptor*. E l'adattamento fu tale che il concetto rimase anche quando venne meno la schiavitù (cfr. del resto il gaiano fr. 25 § 7, XIX, 2). Allargatasi l'economia nazionale, sorto, oggi, il potente sistema industriale, progredendo in modo vorticoso la civiltà, si hanno oggi le grandi assunzioni di costruzioni di canali, di perforazioni di tunnels, di bonificazioni, di costruzioni di gigantesche dighe, ecc. Dirimpetto alla modesta officina del fabbro vi hanno gli uffici di amministrazione di qualche colossale impresa di trasporto. Nessuna differenza sostanziale, adunque: se il fabbro elabora colle proprie mani l'*opus* commessogli, gli impresari, gli assuntori di quelle costruzioni mettono in moto macchine e lavoro umano, che plasmano, disciplinano, convogliano, dirigono; questo e quelle sono gli stromenti più o meno docili, nelle mani dell'imprenditore. Del resto il Carnelutti ha osservato ¹⁾ che col concetto del Bruschettini non potrebbe essere debitore del lavoro una persona giuridica, ad es. una società commerciale.

¹⁾ In *Riv. dir. civ.*, 1911, 225. È un argomento che in un certo senso sembra

Ma e se si trattasse di un lavoratore autonomo all'opera del quale l'imprenditore facesse ricorso? ¹⁾. È certo che qui la gestione di questo lavoro cade fuori dall'organizzazione dell'imprenditore (che quindi non ne risponde di fronte ai terzi, a' termini dell'art. 1153, cap. 3). Si capisce che se d'altro canto l'imprenditore (come è per lo più) si giova di lavoratori da lui dipendenti, quel ricorso non nuoce alla natura giuridica del rapporto coi committenti. Ma la cosa potrebbe non esser così, a prima vista, se non ci fosse che quel ricorso all'opera di un lavoratore autonomo. È il caso di un industriale che gira l'esecuzione della commissione ad un artigiano, o a lavoratori a domicilio, o a altro più grosso industriale, non potendo curarla lui stesso. Qui è presupposto naturalmente che non sia proprio richiesta l'attuazione a cura e sotto la guida personale di chi l'ha promessa: un caso tipico è quello di chi assume di far eseguire il trasporto da altro vettore autonomo (il commissionario di trasporti). Qui non rimane più che il lavoro di organizzazione proprio dell'imprenditore (oltre al capitale, e al lavoro umano ma non per la diretta esecuzione della prestazione desiderata dal committente) ²⁾. Abbiamo qui una forma ancor meno diretta di elaborazione dell'*opus*: trasporto. Ma è forse esclusa la *faciendi necessitas* delle locazioni d'opera? Davvero non mi pare. Se infatti abbiamo concluso che è perfettamente compatibile colla natura della locazione d'opera il semplice lavoro di organizzazione di chi provoca a mezzo di lavoro altrui che un risultato voluto di lavoro sia ottenuto, se dunque è conduttore di opera anche l'imprenditore, che si assume il risultato ultimo: trasporto, perchè non vorremo noi riconoscere conduttore d'opera anche l'imprenditore che a sua volta affida il lavoro a un altro appaltatore? Una volta ammesso che non è necessaria la diretta partecipazione agli atti onde consta la materiale elaborazione, e riconosciuto che il *redemptor operis* oggi — come in Roma antica — può giovare di terzi collaboratori e subordinati ³⁾, la conclusione nostra ci pare necessaria. Anche oggi dunque — e a maggior ragione! — è vero quanto asserisce il Pernice per il puro diritto romano: che, cioè, in genere al committente poco importa come l'opera è stata prodotta, come il risultato si è ottenuto: se mercè la pura od esclusiva attività del *redemptor* (parola

provar troppo: perchè se le persone giuridiche non possono lavorare, non potranno neppure attuare il lavoro d'organizzazione che è proprio dell'imprenditore. In realtà però questa è attività giuridica, e ammette la rappresentanza; quella no.

¹⁾ Su questo argomento, limitatamente alla « impresa » per l'art. 3 Cod. comm., cfr. n. 250.

²⁾ CARNELUTTI, op. cit., p. 161.

³⁾ Fr. 137, § 3 de F. O., 45, I: « ... Item qui insulam fieri spopondit non utique conquisitis undique *fabris* et plurimis operis adhibitis festinare debet, etc. ».

che esprime il nostro « assuntore »), o anche o soprattutto con altre attività estranee (concetto certo che non va esagerato, ma si deve intendere entro limiti ragionevoli che non è questo il luogo di esporre ¹⁾). Non ci si deve opporre che il commissario di trasporto, o, come dice il codice, l'imprenditore del trasporto procacciato a mezzo d'altri non ha nessuna ingerenza direttiva nel lavoro, compiuto da altri. In realtà provoca l'altrui attività di lavoro, la mette in moto, vi si interessa, sollecita, dà istruzioni, dirige insomma limitatamente alla merce consegnata l'organizzazione suprema mirante alla produzione del risultato voluto.

La conclusione è che, dunque, mercè l'attività sua organizzatrice l'imprenditore assume il risultato del lavoro altrui, come se fosse proprio: non vi è dunque differenza tra attuazione mercè lavoratori subordinati o autonomi. E infatti per l'art. 388 Cod. comm. è vettore anche « chi assume... di far eseguire trasporti ».

Con ciò si risponde pure a un'altra obbiezione affine: ma gli elementi dell'organizzazione d'oggi, le macchine, hanno ormai il sopravvento sul lavoro umano! La macchina si è dunque sostituita all'uomo e produce in vece sua! ²⁾. Ma già sopra mi sono opposto a questa concezione ³⁾: la macchina è pur sempre l'istrumento docile nelle mani esperte e vigili e direttive del lavoratore: non si può dunque ritenere l'operaio incorporato ad un meccanismo morto che esista indipendentemente da lui ⁴⁾. No: l'operaio dirige e asserva a sè la macchina sia nella manifattura come nell'industria.

Dunque l'imprenditore, se prevale lo strumento « lavoro », è debitore di lavoro verso il terzo committente ⁵⁾. E lavoratore autonomo,

¹⁾ In *Savigny-Stiftung*, 3.º, p. 247, R. A.

²⁾ Così il COGNETTI DE MARTIIS, *Bibl. Econ.*, V, 2, p. LXV sg. E già lo CHEVALIER, in *Bibl. Econ.*, I, 10, p. 10 sg., sosteneva l'operaio essere poca cosa in confronto alle macchine, cosicchè « non si pensa nemmeno ad attribuirgli la minima parte del merito e della gloria dell'opera industriale ».

³⁾ Cfr. sopra, p. 574 sg.

⁴⁾ Così MARX, in *Bibl. Econ.*, III, 9, 2, p. 349. Ma basterà osservare in contrario quanto il macchinismo abbia raffinato il lavoro umano, diminuendone la parte puramente muscolare. È vero che questo vantaggio è in parte attenuato dal cresciuto automatismo nel lavoro di chi vigila la macchina; ma ricorderò anche come col macchinismo siano cresciuti, anzichè diminuiti (come si temeva), i salari. Cresciuti per i maggiori rischi? Sia pure: ma ciò significa che la macchina richiede una ben maggiore tensione nervosa che un tempo! Cfr. GRAZIADEI, in *Giorn. d. Econ.*, 1899, fasc. d'aprile.

⁵⁾ E la mercede è il prezzo complessivo pagato dal committente. Economicamente diversa è invece quella parte della mercede che rimane detratto il compenso per l'uso degli elementi (lavoro, capitale, natura) di cui l'imprenditore si è servito; cioè il « profitto ». Non è quindi, giuridicamente, esatto dire che l'imprenditore è retribuito col profitto, così come l'operaio col salario (così ad es. il GOBBI, op. cit.). Ciò è vero rispetto puramente al lavoro di organizzazione personale al-

si intende, come sopra s'è visto. Il rischio è suo. E questo è vero sia per il grosso, come per il piccolo industriale. Abbiamo già constatato che sia l'artigiano ¹⁾, come il lavoratore a domicilio ²⁾, sono lavoratori autonomi, cioè imprenditori.

Quanto all'artigiano la sua autonomia (cioè la qualità di artigiano, come lavoratore autonomo), si rivela dal concorso di molti indici: materia prima e strumento sono forniti quasi sempre da lui ³⁾; vi ha lavoro pel pubblico ⁴⁾; ha alla sua dipendenza, spesso, un numero, sia pure ristretto, di lavoratori. Che egli somministri la materia prima non è ad ogni modo ragione per escludere, come alcuno fa, che vi sia qui una *locatio operis*; è il vecchio errore a base romanistica su cui ci siamo già a lungo soffermati quanto al rapporto tra vendita e contratto di lavoro.

Quanto al lavoratore a domicilio che sia tale stabilmente (non quindi all'operaio cottimista, che alla sera, lasciando la fabbrica, porta il lavoro a casa sua per finirlo) ⁵⁾, mi limito qui ad aggiungere (cfr. sopra, p. 776 sg.) come la sua autonomia, che è naturalmente anche più evidente quando lavori per più industriali, o riceva le commissioni direttamente

l'imprenditore: ma ripeto che giuridicamente i fattori di cui si vale si fondono in lui, si incorporano con lui, agli occhi dei terzi. E il concetto di mercede è quindi più ampio. Cfr. sopra, p. 141 sg., e spec. p. 143, nota 1. Del resto lo stesso GONNI avverte che la concezione isolata non è nella realtà, ma nella nostra mente, a differenza che pel salario (di chi non ha dato che il proprio lavoro): perchè può il lavoratore subordinato, col cottimo, e più ancora col cottimo collettivo autonomo, avere assunta una propria limitata organizzazione, un relativo rischio; e allora anche il suo salario si può scomporre.

¹⁾ Cfr. sopra, pag. 645. Sempre presupposto che (come è quasi sempre, l. cit.) l'artigiano non prevenga la domanda. È appunto la tendenza del consumatore a preferire la scelta tra più prodotti già pronti, anziché la loro commissione (coll'incertezza del risultato) che mina l'artigianato, che non può darsi il lusso di anticipare forti capitali, prevenendo la domanda di compra-vendita. Cfr. BOURGUIN, *Les syst. social.*, p. 183-184. Il LEROY-BEAULIEU arriva perciò sino a pensare che il progresso della produzione richiede la sussunzione dell'artigianato nella grande impresa. Cioè la sua scomparsa! Ciò che non è possibile. Cfr. sopra, num. 248. LEROY-B., *Traité*, I, n. 295. Cfr. pure SCHMOLLER, *Principes*, IV, p. 6 sg.

²⁾ Cfr. sopra, p. 660.

³⁾ La Cassaz. Roma, 28 sett. 1911, *Foro*, 1911, I, 1309, ne fa la caratteristica dell'artigianato, aggiungendo, erroneamente (cfr. sopra, p. 570 sg.) che con ciò non si limita a locare l'opera propria, ma anche i mezzi di lavoro. Sulla fattispecie di questa sentenza cfr. sopra, p. 645, nota 4.

⁴⁾ Cfr. sopra, pag. 662, e la Cass. Roma ult. cit. Non è un indice essenziale: infatti può mancare. Abbiamo visto pure, p. 684, l'importanza capitale data a questo criterio in Francia, così da farne l'indice differenziale del « contratto di lavoro », come « *contrat de travail* », e proprio di un contratto diverso che sarebbe « d'impresa » se il lavoratore dà la materia, « d'industria » se dà solo il proprio lavoro al pubblico. GROUSSIER, in PERREAU et GROUSSIER, *Contr. de trav.*, p. 85.

⁵⁾ CORNÉLISSIN, *Th. du salaire*, p. 289. Qui vi è certo locazione d'opere.

dai consumatori, e quando abbia la cooperazione di altre persone (membri della famiglia o estranei), sia meno pacificamente asserita di quella dell'artigiano: si è anzi ritenuto che dottrina e giurisprudenza tendono ad assimilare sempre più il lavoratore a domicilio all'operaio (subordinato!), o all'impiegato addetti a stabilimenti o magazzini ¹⁾. Sarebbe, caso mai, un errore, determinato però dalla condizione sociale di questo tipo di lavoratore, assai meno autonomo, economicamente, dell'artigiano (come s'è visto), e a cui quindi si ritiene opportuna l'estensione della tutela legislativa, oggi, come sappiamo, negata in Italia ²⁾. Il lavoro a domicilio è in stretta dipendenza dall'industriale o dall'intermediario da cui ha macchine, materia prima, a cui deve confluire tutta l'opera sua, ecc.; fu perciò concepito come qualcosa di intermedio tra il salariato e la grande industria. Ma tutto ciò, e così pure la mancanza di un'attività commerciale di spaccio dei prodotti sappiamo ³⁾ non essere ostacoli decisivi perchè questa dipendenza economica si trasformi in vera dipendenza giuridica ⁴⁾. Del resto questa dipendenza giuridica contrasta appunto colla ragion d'essere di questa forma di lavoro nei rapporti coll'industriale che ad esso ricorre: infatti esso mira con ciò a scaricare sul lavoratore a domicilio il rischio (salvo quello connesso alla materia prima e alle macchine consegnate) che diversamente, col lavoro subordinato, graverebbe lui (l'imprenditore) ⁵⁾. Si intende anche qui, del resto, che presupponiamo il lavoro a domicilio che non previene la domanda, come abbiām visto essere (pagina 776, nota 5) per i lavori invernali fatti dai contadini, e preparati per la vendita in primavera.

¹⁾ PIC, *Traité*, n. 873 bis. Il PIC chiama il lav. a dom. un « *locator operis* » (?).

²⁾ Pel SALEILLES, in *Bull. de la Société des études légis.*, 1906, p. 499, il lavoratore a dom. mette a disposizione del padrone la sua forza di produzione economica. Quindi è un salariato. In fondo è sempre il solito preconetto del lavoro per un solo o per più che preme qui, come ha determinato l'assimilazione di questo lavoratore a quello subordinato, nei progetti francesi del contratto di lavoro. Cfr. sopra, p. 684. Come salariato è concepito il lavoro a dom. del MARCONCINI, cit., p. 26, 156, ecc. Cfr. già sopra, p. 777.

³⁾ Cfr. in senso contrario BOURGUIN, op. cit., p. 174.

⁴⁾ L'opinione del LOTMAR, favorevole alla « locazione di servizi » (cit. già sopra, pag. 661, nota 1) si spiega colla sua teoria circa la differenza tra la « locazione di servizi » e la « locazione d'opera ». Sarebbe quindi « locazione d'opera » nei rapporti diretti col consumatore, non con l'industriale. Su questo criterio differenziale cfr. sopra, p. 612.

⁵⁾ Infatti vi si ricorre ad es. per articoli oscillabili (confezioni di mode), per alleggerire il rischio dell'industriale. DALLA-VOLTA, *Forme sal.*, p. 34. E col testo sono pure il PERREAU, *Contr. de trav.*, p. 127 e PHILIPPOVICH, op. cit., pag. 96. L'industriale tende anche a riversare sul lav. a dom. parte del capitale strumentale, e sfuggire alle inquisizioni dell'ispezione del lavoro ed inoltre a evitare le spese di sorveglianza, ecc. È appunto per impedir tutto ciò che, come s'è visto, in Francia la dottrina recente ha sussunto questo lavoro nel « *contrat du travail* ». Cfr. or ora, nota 2.

Qualche dubbio è nato, nella dottrina, circa il rapporto che scende dal contratto di trasporto. Si è visto che è contratto di lavoro: ma, come lavoratore autonomo, il vettore è, più specialmente, locatore d'opera (*conductor operis*). Il dubbio è nato da ciò: che l'art. 1627 colloca questo contratto tra la locazione di opere e quella di opera. Effettivamente — e in diritto romano ¹⁾ e oggi — il contratto di trasporto è nulla più di una locazione d'opera: il risultato di lavoro qui sarebbe appunto il trasporto da eseguirsi da un luogo all'altro. Però la natura sua speciale è causa che per questo contratto valgano alcune norme speciali: non si tratta di una differenza sostanziale, ma di qualche peculiarità che si riscontra nel trattamento giuridico di questa speciale locazione d'opera. Perciò il Pacifici-Mazzoni e parecchi altri ritengono trattarsi di una forma a sè. È infatti opinione diffusa tra i commercialisti che il trasporto commerciale sia un contratto a sè. Già sappiamo che non è un contratto misto (come se vi fosse un po' della *locatio operis*, della locazione di cose e del deposito) ²⁾. In realtà la distinzione che fa l'art. 1627 non deve trarre in inganno sulla natura del contratto di trasporto. Tale distinzione non deriva da ciò che si sia voluto distinguere questo contratto come un contratto a sè. Questo no, perchè il contratto di trasporto, malgrado tutte le sue singolarità, rientra pur sempre nella categoria delle locazioni d'opera. La triplice distinzione dell'art. 1627 accenna puramente alle differenze sostanziali di prestazione, non alla diversa natura giuridica del contratto.

Infatti il pensiero legislativo in proposito a questa classificazione dell'art. 1627 è questo: lasciando da parte la locazione d'opere, che sta a sè, tanto il trasporto come le altre prestazioni d'opera costituiscono una forma di lavoro autonomo ³⁾. Ora il lavoro non crea

¹⁾ MOMMSEN, *Beiträge*, I, p. 383 sg., e p. 80, nota.

²⁾ Cfr. sopra, p. 570 sg.; ASQUINI, cit., p. 69 sg.

³⁾ Come nota l'ASQUINI, cit., p. 45, questa autonomia si rileva dall'espressione « si incaricano del trasporto », che ritroviamo pure negli art. 1640 e 1642; espressione che si riafferma nell'« assunzione » del trasporto di cui all'art. 388 Codice comm. Sembra a tutta prima quest'opinione dover essere pacifica. Ma aberrazioni su questo argomento si sono verificate. C'è chi ha considerato pure *ac simpliciter* la locazione dei vetturini di cui all'art. 1627, n. 2, come locazione di opere, accanto a quella dei domestici (CAVALLARO, *La locazione di opere*, Catania 1896, pag. 82). C'è chi ha preferito distinguere. Si avrebbe *locatio operarum*, secondo il MODICA (*Contr. di lav.*, p. 110, nota 1) se il vettore « si obbliga a trasportare merci per un giorno, per una settimana, ecc., ricevendo tanto al giorno, alla settimana, ecc. ». Sarebbe invece *locatio operis* « se si incarica di trasportare una data quantità di merci secondo un prezzo determinato in relazione a tutto il trasporto, indipendentemente dal numero dei giorni impiegativi ». La prima opinione del CAVALLARO a rigore non avrebbe neppure bisogno di essere combattuta. Quanto all'ultima è evidente l'errore di distinguere le due forme di contratto dalla forma della mercede. Non abbiamo che a richiamare quanto dicemmo sopra in proposito.

nulla, sibbene modifica variamente la materia esistente sulla terra. La natura di codesta modificazione è varia: vi è la modificazione sostanziale e di forma che deriva dall'elaborazione eseguita sulla materia prima ⁴⁾. E vi è la modificazione di luogo: la sostanza e la forma cioè rimangono inalterate a sè, ma si alterano invece nel rapporto di spazio. Io dunque escludo che il concetto originario di questa triplice distinzione dell'art. 1627 sia stato il vieto concetto materialistico, per cui alla locazione d'opera propriamente detta occorra un « ex opere facto corpus aliquod perfectum », e cioè un risultato materiale, mentre il trasporto è solo immateriale. In questo caso avrebbe pienamente ragione il Polacco ⁵⁾, il quale osservò che oggi la locazione d'opera può pure avere per fine un risultato immateriale, come il trasporto: sarebbe quindi assurdo il distinguere la locazione d'opera propriamente detta dal trasporto. Oltre al trasporto vi sono dunque ancora moltissimi altri casi di risultati immateriali: e allora come si spiega la menzione del solo trasporto? — Comunque notiamo anche noi che forse è la concezione materialistica a cui accenna il Polacco che trasse in inganno parecchi commentatori tra cui il Vita-Levi, che nel vol. II dell'opera sua trascurò a bella posta il trasporto.

Naturalmente qui alludo al contratto di trasporto disciplinato dal codice di commercio (o in altre leggi riguardanti il trasporto ferroviario, quello degli emigranti, ecc.), e ricordato nel Codice civile, e al quale strutturalmente va appaiato il contratto di noleggio. Ma non è escluso che la attività di trasporto sia affidata a un lavoratore subordinato (es. facchini, ecc.) ⁶⁾.

250. Che il rapporto contrattuale tra chi dà il proprio lavoro e chi lo retribuisce (naturalmente ci limitiamo sempre al lavoro industriale in lato senso) per se stesso considerato non abbia carattere di commercialità è stato affermato. Questo scambio non è un'operazione commerciale: perchè l'operaio non va assimilato a un commerciante (non vende una propria merce) ⁴⁾; non è merce che il lavoratore abbia acquistato coll'intenzione di rivenderla, non ha quindi un elemento positivo per la determinazione del prezzo; perciò il contratto di lavoro

⁴⁾ In questo caso l'elaborazione della materia può assumere due diversi aspetti. Anzitutto può lasciar intatta l'identità della cosa usata come materia prima. E può anche modificarla sostanzialmente, trasformandola in una cosa diversa, nuova. I tedeschi parlano nel primo caso di « Bearbeitung », nel secondo di « Verarbeitung »; cfr. ENDEMANN, *Handbuch*, III, p. 110, Schreiber, op. cit., p. 45, nota 15. Questa distinzione non ha grande importanza giuridica per quanto qualche questione possa nascere: ad esempio, se vi è trasformazione radicale della materia, i diritti eventuali dei terzi sulla materia fornita dal committente perdureranno sulla cosa nuova?

⁵⁾ In *Rivista ital. per le sc. giurid.*, IV, p. 412.

⁶⁾ RÜMELIN, op. cit., p. 164.

⁴⁾ Così HALBWACHS, *La classe ouvrière et le niveau de la vie* (1913), p. 106.

non è un atto di commercio, benchè il lavoro possa avere un prezzo corrente di mercato. Manca insomma la speculazione commerciale.

E ciò è perfettamente vero, anche prescindendo dal richiamo all'art. 3, n. 1 Cod. comm. Comunque si voglia tentare di sintetizzare gli atti di commercio obbiettivi elencati nell'art. 3 Cod. comm. questa conclusione è sicura: che il nostro rapporto non porta in sè solo in modo assoluto l'impronta della commercialità ¹⁾. Pigliamo, ad es., la teoria del Manara. Il Manara ritiene dall'art. 3 si possa dedurre che atto di commercio sia solo quello col quale si compie la funzione di commercio con vero scopo di lucro, e cioè lo scambio, la circolazione dei beni; è atto di commercio quello che ha per scopo l'intromissione tra produttori e consumatori, che prende per dare, insomma che mira a « procacciare l'incontro della domanda coll'offerta ». E, posto ciò, si arriva alla conseguenza che quando un rapporto abbia per oggetto principalmente il cambiamento di forma di una cosa, l'elaborazione della materia prima per commissione avuta, e cioè per l'interesse di una determinata persona, non si avrebbe atto di commercio, poichè, dice infatti il Manara, « il commercio si intromette tra produttori e consumatori, non già col cangiare la sostanza delle cose, o col variarne la forma e il modo di essere rispetto al luogo, ma semplicemente col procacciare l'adeguamento della loro domanda alla loro offerta » ²⁾.

E la conclusione sarebbe dunque che la semplice prestazione di lavoro, anche se abituale e fatta a scopo di lucro professionale, non potrebbe imprimere in chi la compie qualità di commerciante, perchè non è atto di commercio ³⁾. In realtà per indagare se il contratto di lavoro industriale sia o no atto di commercio (e ciò non già nel senso

¹⁾ Già sopra si è, d'altronde, distinto il carattere industriale da quello commerciale dell'attività umana.

²⁾ MANARA, *Atti di commercio* (1887), p. 42.

³⁾ Quindi l'artigiano che sia imprenditore nel più lato senso come organizzatore di un'autonoma cerchia di attività mercè fattori vari, ma che non abbia il lavoro di altre persone a lui subordinate o no, tra questi fattori, l'artigiano dunque che dà un esclusivo lavoro personale non è soggetto alla legge commerciale anche se sia evidente lo scopo di lucro e la professionalità. In armonia con questi principii fu rettamente giudicato che l'artista il quale assume di costruire un'opera d'arte non fa un atto di commercio, ma un atto eminentemente civile; a nulla importa il carattere professionale delle prestazioni dell'artista (Appello Genova, 5 maggio 1894, *Foro gen.*, 1894, 298). Così il sarto che fa un abito dietro commissione, o l'inverniciatore che rimette a nuovo le vernici nel mio appartamento non fanno atto di commercio. Si eccetna, naturalmente, il caso che si tratti di applicare l'art. 4 del Codice di commercio. Così fu giudicato (App. Torino, 30 marzo 1886, *Giur. tor.*, 1886, 440) che l'arteice che, senza la collaborazione di dipendenti, ripara per commissione avuta un orologio, sebbene faccia commercio di orologi, non fa atto di commercio.

economico, ma in quello giuridico di fonte di rapporti che, benchè di lavoro industriale, sono assoggettati alla legge commerciale) non dobbiamo isolare il rapporto tra chi dà il lavoro e chi lo paga; sibbene considerarlo come un elemento di un tutto più vasto, di un'organizzazione più ampia in cui il creditore del lavoro, o chi ne ha assunto la prestazione è a sua volta in rapporto con altre persone; nel primo caso (se è il creditore del lavoro) a questi terzi è destinata l'utilità finale dei lavoratori; nel secondo caso questi terzi debbono col proprio lavoro concorrere al raggiungimento del risultato che l'intermediario ha promesso di porre in essere per i committenti con cui è in rapporto.

Il contratto di lavoro industriale ¹⁾ deve dunque appoggiarsi ad una serie di altri rapporti, coi quali non è necessario che sia giuridicamente concatenato: anzi, normalmente sono autonomi o per lo meno relativamente autonomi. Ma tuttavia vi è un collegamento economico (tale quindi da dover influire nel senso di attutire quell'autonomia). E questo collegamento ²⁾ può essere di duplice categoria, a seconda che più o meno direttamente il lavoro dato in virtù del contratto che a noi interessa attui la prestazione che dall'intermediario (io supporrò che sia il creditore del lavoro: prenderò quindi le mosse dal rapporto interno di lavoro) è promessa o destinata a terzi. L'attuazione è diretta ad es. se si tratta di muratori addetti dall'imprenditore alla costruzione della casa commessa dal terzo (o degli impiegati, agenti commerciali, destinati dal commerciante che compera per rivendere allo spaccio delle merci al pubblico: ma in tal caso non abbiamo un'attività industriale; possiamo quindi non tenerne conto). È meno immediato se si tratta ad es. di un pittore chiamato da questo commerciante o da un industriale come nel primo caso a dipingergli una insegna o una réclame. Nel primo caso il lavoratore attua per conto dell'intermediario l'attività che questi si è assunta in rapporto ai terzi: attività come elemento fondamentale del rapporto (contratto di lavoro),

¹⁾ Non qualunque lavoro industriale in senso lato, come poi vedremo.

²⁾ Io presuppongo qui le imprese in cui tanto il rapporto interno che quello esterno è quello di lavoro retribuito. Queste si possono raggruppare come fenomeni di intermediazione. Ma non è così per tutte le imprese di cui all'art. 3, Codice comm. Ve n'è di quelle in cui il rapporto esterno è una prestazione di godimento di una cosa contro retribuzione (es. le imprese cinematografiche, cioè esposizione al pubblico delle pellicole già fatte). Questa è un'impresa di spettacolo teatrale, quindi atto di commercio, e i rapporti interni con il personale sono soggetti alle leggi commerciali; ma non vi è l'intermediazione tra domanda e offerta di lavoro (conforme ARCANGELI, in *Rivista dir. commerc.*, 1914, I, 597, sg.). Il vero è che se non vi è un concetto sintetico degli atti di commercio, vi è però dell'impresa, come organizzazione industriale; ma laddove si attua l'intermediazione sopra accennata, dobbiamo ispirarci anche a questo elemento, dandogli in certe questioni la prevalenza.

o come elemento accessorio a un dare (compra-vendita). Nel secondo caso il lavoratore si limita a mettere il suo creditore del lavoro in grado di adempiere agli impegni che ha assunto o assumerà coi terzi, di natura commerciale o industriale.

In tutti questi casi vi è una prima condizione perchè il rapporto di lavoro sia soggetto alle leggi commerciali. E cioè nel primo il rapporto di lavoro è elemento di una più vasta organizzazione nel senso che la persona centrale a cui si riannodano tanto i rapporti coi lavoratori quanto coi terzi committenti è intermediaria nello scambio di lavoro contro mercede. Nel secondo manca quest'ultima qualità, ma il rapporto si riconnette pur sempre a un'organizzazione e non è escluso che la disciplina dell'organizzazione si proietti anche su quel rapporto.

Ma non basta, perchè vi sia subordinazione alle leggi commerciali. Secondo una teoria dominante occorre che nel primo caso si tratti di una organizzazione ad impresa di notevoli proporzioni ¹⁾. E nel secondo caso è pacifico — perchè è la legge all'art. 4 che lo dice — che il capo dell'organizzazione commerciale o industriale deve essere un commerciante. Cosicchè qui la commercialità del rapporto di lavoro presuppone questa qualità soggettiva, nel capo dell'organizzazione (di cui è pure pacifico che non importa il grado quantitativo), che non è invece presupposta nel primo caso (atto di commercio obbiettivo).

Su questa seconda ipotesi, in cui non vi sono sostanziali dissensi nella dottrina, non mi soffermo più altro; noto solo che dalla prima ipotesi si rileva come il contratto di lavoro non sia tra i contratti di cui la natura è essenzialmente civile. Non si può quindi ammettere l'opinione accolta da qualche giudicato per cui, siccome dalla locazione di opere o di opera non tiene parola che il cod. civ., così non vi possa essere che locazione d'opera civile. La Cassazione di Torino ²⁾ ha giudicato la locazione d'opere non poter mai essere atto di commercio, neppure se il locatore oltre la qualità di artefice con cui ha contrattato abbia pur quella di commerciante per l'esercizio di qualche traffico. — Il vero è che se, eccezion fatta degli arruolamenti di persone a servizio di navi di commercio cui particolarmente accenna il n.º 17 dell'art. 3, non vi hanno locazioni di opere che per natura propria siano commerciali, o meglio che ritrovino in sè esclusivamente la natura di atti commerciali — vi sono tuttavia locazioni di opere che acquistano carattere commerciale dal trovarsi in un'organizzazione di intermediazione tra domande e offerte di lavoro.

¹⁾ VIVANTE, *Tratt.* (IV ed.), I, p. 150.

²⁾ 30 marzo 1886, *Giur. tor.*, 1886, 440.

Questa ipotesi, cui si riferisce l'art. 4 Cod. comm. abbraccia qualunque lavoro, anche non industriale. Per essa dunque sono di natura commerciale i contratti di lavoro stipulati comunque dal commerciante, da chi è a capo di cotesta azienda commerciale, quando quelle prestazioni di lavoro siano pertinenti all'esercizio del commercio. Le prestazioni di lavoro (opera o opere) riferentisi a questo commercio non assumono la natura commerciale, ma sono soggetti alle leggi commerciali ¹⁾: a ciò è sufficiente qui un semplice rapporto di pertinenza, che per sè è un concetto abbastanza lato, e non esige il rapporto di necessità, bastando quello dell'interesse, dell'utilità. Il Manara interpreta l'art. 4 nel senso che commerciali siano non solo i contratti coi quali il commerciante si provvede delle cose necessarie all'esercizio del proprio commercio, ma in genere tutti i contratti che il commerciante stipula nell'interesse o per ragione di questo esercizio, e allora le prestazioni di opere o di opera (lavoro subordinato o autonomo), miranti al semplice abbellimento dell'insegna, dei locali, ecc. sono commerciali; che da questo abbellimento l'azienda possa ricavare un'utilità notevole può essere: ma non è presupposto essenziale per la connessità voluta dall'art. 4. In pratica riesce talora difficile il distinguere gli atti pertinenti all'azienda commerciale da quelli non pertinenti. Quando adunque vi sia questo dubbio, e cioè non si tratti di atto per sua natura essenzialmente civile, o in cui la natura del contratto non risulta esplicitamente dall'atto stesso, si presumerà quella pertinenza; si presumerà cioè la commercialità di quegli atti. Ciò è incluso nella dizione ampia dell'art. 4.

Dubbi sussistono invece quanto al presupposto quantitativo per l'impresa come intermediazione tra domanda e offerta di lavoro, essendo parso ad alcuni troppo elastico questo elemento economico di misurazione, a cui si vorrebbe surrogare puramente l'impresa come intermediazione or ora accennata ²⁾. La conseguenza sarebbe praticamente grave: la piccola impresa (artigianato) sarebbe una delle imprese che l'art. 3 considera come atti obbiettivi di commercio ³⁾. E io credo questa un'interpretazione più fedele al sistema dell'art. 3, dove a proposito dell'intermediazione per lo scambio di merci (n. 1, 2), non si fissano limiti quantitativi. Veramente i n. 6 sg. discorrono di

¹⁾ MANARA, op. cit., n. 160; ENDEMANN, *Handbuch*, I, p. 81.

²⁾ Cfr. in questo senso CARNELUTTI, in *Rivista dir. comm.*, 1910, II, 758. È teoria accettata dall'ASQUINI, op. cit., p. 156 sg.

³⁾ Per la commercialità cfr. ASQUINI, cit., p. 161-162. Tuttavia i più sono per la non commercialità; cfr. VIVANTE, op. cit.; MARGHERI, *Trattato*, I, n. 110; MONTESSORI, op. cit. p. 415 sg.; ARCANGELI, *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 592. La giurisprudenza è quasi tutta in questo senso: Cass. Palermo, 3 genn. 1914, in *Giur. ital.*, 1914, I, 442.

« imprese... »: ma non è impresa anche quella dell'artigiano? Questo riconoscono pure anche coloro che ammettono il limite quantitativo ¹⁾. E fino a che non risulti un indice assolutamente chiaro ²⁾ che quella limitazione quantitativa è stata veramente voluta dal legislatore, credo che questa conclusione sia quella preferibile ³⁾, come quella che non assoggetta una questione così grave come questa all'indeterminatezza dell'apprezzamento quantitativo ⁴⁾; « impresa », insomma, non può essere disgiunta, nell'art. 3 cit., dal carattere tipico della commercialità, e non va quindi assunta nella pura accezione economica, che è pure varia ed indeterminata, secondo gli scrittori. Infatti, malgrado l'opinione più comune sia diversa ⁵⁾, non so perchè « impresa » presupponga per necessità l'impiego di energie estranee: il concetto è più lato, e comprende anche l'artigiano che non ha collaboratori; il Brentano arriva a concepir come impresa qualunque prestazione di lavoro ⁶⁾.

¹⁾ Ad es. MONTESSORI, op. cit., p. 412. Non rileva il fatto che l'artigiano sia insieme esecutore del lavoro: economicamente è impresa anche quella in cui il capo non si limita a un lavoro di organizzazione. Non credo che l'opinione contraria, più ristretta, sia la più esatta. E soprattutto quello che importa rilevare è che l'impresa (data la natura tipica della commercialità) è considerata come intermediazione: perciò presuppone che l'imprenditore si giovi di collaboratori (subbordinati o no), e produca per i bisogni altrui. Che lo stesso consumatore sia imprenditore quando organizza e dirige in economia i lavori che gli abbisognano, non è certo esatto, se non in un senso latissimo e improprio dell'« impresa »; se un imprenditore siffatto è soggetto agli oneri della legislazione che tutela il lavoro (art. 7, testo unico inf. sul lavoro: cfr. sopra, p. 59), non è detto che il suo rapporto coi dipendenti sia soggetto alla legge commerciale. Non lo è perchè manca un'intermediazione, così come manca se non sussistano collaboratori di cui si giovi l'artigiano. È solo in questo caso che nel lavoro dell'artigiano si può solo vedere una pura attuazione di attitudine lavorativa, per sé sola, come sopra vedemmo, sottratta alla disciplina delle leggi commerciali. Così App. Brescia, 27 novembre 1898, *La Corte bresc.*, 1899, 8 (nella fattispecie trattavasi di un fabbro).

²⁾ Tale non è, a mio avviso, l'opinione personale di uno dei preparatori del Codice comm. (nel caso nostro dell'on. CORSI al Senato; cfr. MARGHERI, *I motivi del nuovo Cod. comm.*, IV, p. 320, 321). Contro cfr. MONTESSORI, cit., p. 416.

³⁾ Non si richiede che l'opera del lavoratore avvenga sempre a contatto col pubblico o col committente: i rapporti ad es. con gli operai dell'officina o della fabbrica sono soggetti alla legge commerciale, essendovi una intermediazione. A torto quindi la Corte di Genova (7 dic. 1896, *Temi gen.*, 1897, 57) ha deciso con forma generale, che sebbene gli appalti si considerino atti di commercio (« appalto » si prende come sinonimo di « impresa ») non ponno tuttavia considerarsi come atti di commercio le locazioni d'opera degli ingegneri che sorvegliano e dirigono la costruzione dell'opera appaltata.

⁴⁾ I cui inconvenienti nella pratica giurisprudenziale furono pure avvertiti dal MONTESSORI, op. cit., p. 416-417. Cfr. ASQUINI, op. cit., p. 154-155. È stato specialmente il CARNELUTTI, *Inf. sul lavoro* (Studi), I, p. 66 sg. a rilevare come il concetto commerciale dell'impresa sia la funzione intermediazione, e non già l'« organizzazione industriale ».

⁵⁾ CONRAD, *Grundriss.*, cit., p. 291.

⁶⁾ *Der Unternehmer* (1907), p. 19, 26.

Ora, è possibile che questo concetto puramente economico sia talora assunto dalla legge: così è nelle leggi sociali del lavoro, in cui altre espressioni equipollenti si affrettano a chiarire come la legge intenda limitare il concetto alle organizzazioni ¹⁾ che abbiano una certa vastità (s'è visto che quelle leggi non si riferiscono alla piccola industria). Ma quando questi indici limitatori non siano così chiari, come possiamo noi, arbitrariamente, assegnare al concetto, economico, l'una piuttosto che l'altra accezione?

Siamo d'accordo, pel resto, che non occorrono nè lo scopo di lucro ²⁾, nè, limitatamente, s'intende, alle imprese di cui all'art. 3, la professionalità ³⁾; che il rapporto di lavoro interno (così come lo è sempre quello esterno) può essere anche di lavoro autonomo ⁴⁾; che qualunque forma di attività industriale purchè organizzata a impresa con funzione intermediaia tra produttori (di lavoro) e consumatori è soggetta alle leggi commerciali. Quindi anche attività di produzione originaria (caccia, pesca), salvo la produzione dei fondi (art. 5 Codice comm.): quindi vi sfuggono l'agricoltura, la pastorizia, la silvicoltura, la produzione mineraria, lo sfruttamento di sorgenti ⁵⁾, in cui vi ha certamente una vendita nei rapporti esterni (cfr. lo stesso art. 5), ma pur

¹⁾ Cfr. sopra, pag. 645, nota 3. Ivi (p. 644 sg.) abbiamo già accennato al più lato concetto dell'« impresa ». Cfr. ROSIN, *Arbeiterversch.*, I, p. 203 sg., 210 sg. E in genere sull'importanza per il diritto privato del concetto di « impresa » confronta KLOEPPEL, nei *Beiträge* del GRUCHOT, XXXII; GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, p. 40 sg.

²⁾ VIVANTE, cit., p. 152.

³⁾ VIVANTE, p. 153; MANARA, op. cit., p. 222 sg. Da qualcuno è stata invece ritenuta la professionalità essenziale addirittura per il carattere industriale dell'attività. Contro, a ragione, STADTHAGEN, *Arbeiterrecht*, p. 75. È indifferente la ragione ed il motivo che determinano il lavoratore a dar l'opera propria (cfr. già sopra, p. 644, nota 5). La professionalità occorre solo per la qualità di commerciante, quindi per la commercialità dei contratti di lavoro di cui all'articolo 4 Cod. comm.

⁴⁾ ASQUINI, cit. p. 156 sg. Acquisto di lavoro per cederne ad altri il risultato sussiste anche in questo caso. Lo STADTHAGEN, cit. p. 82, parrebbe negare in tal caso al rapporto autonomo carattere industriale; il lavoratore non è parte dell'azienda industriale a cui il suo lavoro deve andare. Ma non arrivo a capire perchè siavi contrasto tra l'industrialità (che risulta da caratteri oggettivi) di quel lavoro autonomo e la assunzione del rischio del lavoro per parte del rispettivo debitore. Altro problema è quello della sottoposizione alle leggi commerciali; ma anche qui non dobbiamo esagerare l'importanza dell'autonomia di quel rapporto. È un'autonomia solo nei limiti del rapporto; ma che non toglie un collegamento economico con il rapporto esterno (verso i terzi committenti) di chi col lavoratore ha la figura di creditore, ma qui di debitore del lavoro. Che questo collegamento (costituente un'ampia unità economica: l'intermediazione) abbia anche riflessi giuridici abbiamo visto sopra, p. 784. Sull'inscindibilità di questa organizzazione VIVANTE, op. e l. cit.; MANARA, cit., n. 225 sg.

⁵⁾ ARCANGELI, op. cit., p. 593, 594; VIVANTE, cit. p. 156.

sempre un contratto di lavoro nei rapporti interni (non soggetto quindi al Codice di commercio).

251. Una posizione speciale, per la sua attinenza al lavoro industriale, ha il contratto di tirocinio. Nella sua forma pura questo ha per prestazione fondamentale e fisionomica l'insegnamento per parte di chi se lo assume; normalmente vi corrisponde l'obbligo di un compenso nell'allievo, ed è solo in tal caso che ci interessa. Già sappiamo che qui abbiamo una locazione d'opera o di opere, secondo i casi ¹⁾. Per lo più è lavoro autonomo. Questo contratto può condurre all'insegnamento di qualsiasi specie; ma qui ci interessa solo l'insegnamento del lavoro industriale agli operai (il cosiddetto *apprentissage*) ²⁾. Non ci interesserebbe tanto il modo con cui praticamente avviene, quanto la sua struttura giuridica: ma l'una cosa non è dissociata dall'altra; vedremo quanto l'atteggiamento pratico di questo contratto, oggi, ne abbia corrotto la struttura idealmente tipica sino a snaturarla, e insieme, come spesso accade, a rendere questo contratto praticamente infruttuoso. Da questo punto di vista non ci riguarda tanto l'insegnamento dato nelle scuole (professionali o d'arte e mestieri) a cura di Enti pubblici o di associazioni professionali o industriali ³⁾, quanto quello dato agli apprendisti negli stabilimenti o nelle officine industriali a cura di chi ne è a capo.

Nel suo tipo puro dunque abbiamo qui un semplice contratto di insegnamento retribuito, che abilita l'apprendista a essere ammesso come operaio perfetto e in certi mestieri come padrone ⁴⁾. La retribuzione può anche constare di lavoro anzichè di denaro, per lo più lavoro elementare, utile all'istruttore o al capo dello stabilimento. È insomma una forma di contratto di lavoro ⁵⁾. Ma come tale è un tipo

¹⁾ Cfr. sopra, p. 657. Cfr. per la locazione d'opera fr. 13, §§ 3, 4, *loc.*, XIX, 2. SCHALL, in *Arch. für d. civil. Praxis*, LXXII, p. 129-130. Il CROME, *System*, II, 2, p. 671, ne fa qualcosa tra la locazione d'opera e d'opere, e altri addirittura un contratto misto; cosa che si intende quanto all'odierna fase corrotta del tirocinio.

²⁾ Da cui l'italianissimo « apprendisaggio » usato talora (es. Prob. tintori Milano, 24 agosto 1910, in *Boll. Uff. lavoro*, 1910, p. 872).

³⁾ Escludo, qui, solo quello che vorrebbe essere coattivo nelle scuole primarie, oggi meno che le altre forme organizzato. Cfr. in genere FOURNIÈRE, *Ouvriers et patrons*, p. 116 sg. A me non interessa vedere quale sia il miglior sistema (iniziativa dello Stato, privata, o tipo intermedio, come tipo di perfezionamento a cura dello Stato). Cfr. MORTIER, in *La petite République*, 3 gennaio 1911. Del resto vi sono pure altri sistemi di classificazione: cfr. DEUTSCH, *Qualific. Arbeit*, cit., p. 24, 34 sg.

⁴⁾ FOURNIÈRE, cit., p. 110.

⁵⁾ CARNELUTTI, *Infortunii sul lavoro* (Studi), I, p. 96; GIANTURCO, *Sul contratto di lavoro* (Conferenza), p. 22. In questa forma pura era definito l'apprendista nella *Gewerbeordnung* del 1869. Ora quella definizione fu abbandonata. Ed è a notare che una definizione manca anche nelle nostre leggi sociali del lavoro, ciò che ha dato

di contratto di lavoro a sè, distinto affatto dal contratto di lavoro industriale: l'insegnamento non è attività industriale, anzitutto. Qui il lavoratore non è l'apprendista, ma il docente, benchè in un certo senso anche quello dell'imparare costituisca una forma di lavoro intellettuale.

Ma soprattutto sta a sè perchè qui si irrompe parzialmente nell'orbita di certi istituti del diritto di famiglia. E infatti l'apprendere può essere un dovere del figlio minore, imposto a lui dalla patria potestà del genitore, o dalla tutela del consiglio di famiglia. E il concetto di potestà si infila anche quanto all'insegnamento, che implica una subordinazione dell'allievo al docente ¹⁾. In realtà bisogna pensare che per lo più l'apprendista è affidato al docente (o all'industriale, all'artigiano) per modo che, data l'età minore ²⁾ dell'apprendista (non ci interessa da questo punto di vista della tutela legislativa l'apprendista maggiore d'età), il problema del tirocinio diventa un problema di tutela dell'infanzia. In omaggio al quale, per la garanzia dell'elemento morale educativo, le legislazioni vietano l'assunzione del tirocinio a maestri indegni fisicamente o per la loro condotta privata, o per insufficienti garanzie di abilità tecnica: questo è anzi secondo taluni un requisito generalmente ammesso ³⁾. E inoltre tutte le leggi sugli apprendisti esigono cautele di forma scritta per il contratto, determinano dettagliatamente i diritti e i doveri delle parti, subordinano il tirocinio alla sorveglianza dei poteri pubblici ⁴⁾. Si cura specialmente il dovere di insegnamento, attutendo le asprezze disciplinari, imponendo al padrone di sorvegliare la condotta dell'apprendista che abiti presso di lui, disciplinando anche questo trattamento domestico.

Tutto ciò dà rilievo alla natura delicatissima di questo rapporto, che cogli istituti della tutela familiare ha più di un contatto, dato

luogo a controversie per la delimitazione di questa figura da altre affini, come vedremo.

¹⁾ Il DIERIG, *Kohalitionsfreiheit*, p. 11-12, gli riconosce addirittura una specie di patria potestà.

²⁾ Per le leggi sul tirocinio l'apprendista cui si riferisce la tutela delle leggi speciali non può che essere minore d'età. Bisogna ad ogni modo distinguere l'apprendista dall'operaio minore d'età. Vi sono apprendisti di età maggiore, benchè in assai minor numero (il contratto di tirocinio per sè non presuppone l'età minore), e operai provetti non maggiori d'età. CORNÉLISSON, *Th. du salaire*, p. 269. È importante distinguere l'uno dall'altro, ciò che nell'odierno atteggiamento del tirocinio riesce assai meno facile.

³⁾ PHILIPPOVICH, op. cit., II, p. 103.

⁴⁾ Cfr. per tutte la legge federale sugli apprendisti del 5 gennaio 1912, e su essa SAYOY, *L'apprentissage en Suisse*. Cfr. pure la legge islandese, in *Bullet. d. internat. Arbeitsamtes*, X, n. 7. Cfr. in generale DEBOLO, *L'apprentissage et l'atelier*; LUCET, *De l'apprentissage*. Altra bibliogr. in CARNELUTTI, *Inf. sul lav.*, cit. p. 97.

da ciò: che il genitore il quale affida il figlio per il tirocinio affida pure l'esercizio di talune delle facoltà che sono comprese nella patria potestà, conferendo, come dicevo, al docente una vera potestà ⁴⁾ che non dà certo al rapporto carattere di diritto pubblico ⁵⁾. Qui importa rilevare come secondo questo tipo puro di tirocinio la prestazione di lavoro fondamentale è nell'interesse primario ⁶⁾ non di chi insegna, ma di chi riceve l'insegnamento: nell'art. 1153, cap. 4, che accolla al precettore e all'artigiano la responsabilità per il danno commesso dall'allievo ed apprendista, l'artigiano è collocato accanto al precettore, ed è esclusa la responsabilità (non essendovi un interesse primario del maestro). Nessun dubbio quindi che questo articolo presuppone appunto questo tipo di tirocinio.

Ma questo articolo di legge è un arcaismo, ormai ⁴⁾: dove sussiste, oggidì, il tirocinio in questo atteggiamento? Il vero contratto di tirocinio, come insegnamento retribuito, tende ormai a scomparire, e a trasformarsi per modo da alterare completamente la propria fisiologia: non insegnamento retribuito, ma lavoro dell'apprendista retribuito con l'insegnamento, integrante un assai modico salario ⁵⁾. Le cause di questo rivolgimento sono varie e ben note. Qui mi limito a riassumerle succintamente. Non è già per sè sola la divisione del lavoro e il macchinismo, la causa: questo semplifica e rende automatico ⁶⁾ il lavoro, ma per sè solo considerato può anche importare nell'operaio alle prese con ordigni complessi una istruzione professionale superiore a quella di un tempo ⁷⁾. La vera causa è duplice. Anzitutto nell'avvento della grande industria, che sotto la pressione della formidabile concorrenza capitalistica cerca di produrre più che può e col minor costo possibile, sfruttando subito il lavoro dei giovani, oltre che delle

⁴⁾ Una delegazione di potestà familiare, secondo il DUBIEF, *La législat. du travail*, p. 160. E le leggi tedesche attribuiscono una vera potestà al maestro. Cfr. ENDEMANN, *Handbuch*, I, p. 253.

⁵⁾ In un altro senso di ordine pubblico, cioè categoriche, sono le norme di queste leggi sul tirocinio. Ciò è quasi sempre proclamato esplicitamente.

⁶⁾ PIC, *Traité*, cit. p. 675, n. 871.

⁴⁾ Arcaica è quindi la definizione della legge franc. del 22 febr. 1851 (contr. di insegnamento contro lavoro. Art. 1).

⁵⁾ Cfr. CARNELUTTI, *Inf. sul lavoro*, cit., p. 98 (I).

⁶⁾ È però certo che nei limiti di questa semplificazione (si immagini che una scarpa subisce 242 operazioni diverse, quindi passa per 242 operai, in una gran fabbrica: a che si ridurrà ognuna di quelle operazioni? tolgo l'esempio dal VALLE-ROUX, *appr. cit.*, p. 707) la necessità di un tirocinio è per lo meno diminuita. Ma, ripeto, vi sono operazioni, ciò malgrado, per cui si richiede una grande abilità manuale, nell'operaio. È qui che il tirocinio è necessario. Cfr. LORIA, *Il movim. operaio*, p. 28; LIESSE, *Le travail*, cit., p. 349. E sul tirocinio in rapporto all'automatismo, cfr. LIESSE, cit., p. 96.

⁷⁾ FOURNIÈRE, *Ouvriers et patrons*, cit., p. 105 sg.; VALLEROUX, in *Réforme soc.*, 1913, 705 sg.

donne (mano d'opera non qualificata, quindi più a buon mercato). Inoltre questa tendenza degli industriali è sorretta dal desiderio dei genitori che il figlio abbia un guadagno sollecito; è una conseguenza del più elevato livello nel tenore della vita, degli accresciuti bisogni in confronto a un tempo ¹). Così è sull'apprendista che si sposta ora il fulcro della situazione giuridica; lavoratore principale non è più il maestro, ma quello che un tempo era l'allievo, e ora è l'operaio a buon mercato. E ciò è facilitato dalla semplificazione del lavoro, e dall'automatismo cui sopra accennavo: nel senso che gli apprendisti cominciano ad essere adibiti in quei lavori in cui questi effetti della divisione del lavoro e del macchinismo si producono.

Un tempo non era così: l'artigianato, tanto più quando era protetto dalle monopolizzatrici corporazioni di mestiere, era interessato alla formazione di un'eccellente mano d'opera, dei futuri artigiani; tra il maestro ²) e l'allievo si stabiliva il rapporto puro cui prima alludevo; è noto quanto l'arte italiana debba all'interesse dei maestri d'arte nella formazione intorno a sé, nella propria bottega, di giovani esperti nell'arte.

L'artigianato è stato la vera culla del tirocinio; e oggi ancora (se prescindiamo dalle scuole professionali) è nell'officina dell'artigiano che troviamo ancora esempi di tirocinio puro ³).

¹) Naturalmente, mentre gli industriali mirano ad aumentare questa mano d'opera di poco costo, gli operai qualificati hanno un interesse perfettamente opposto, costituendo quella mano d'opera rispetto ad essi una concorrenza formidabile attualmente, e per l'avvenire (quando l'apprendista sarà operaio provetto). Cfr. VALLEUX, op. cit., p. 712.

²) Che non aveva le preoccupazioni dell'odierno industriale. Le corporazioni costituivano una difesa contro la concorrenza. Cosicché si può asserire che la storia del tirocinio si confonde con quella delle corporazioni, che videro del tirocinio il massimo splendore. Si noti che linciati erano i posti di apprendista o garzone, data la struttura di quelle corporazioni e lo sfruttamento fiscale che lo Stato ne faceva (in Francia colla concessione dei *brevets de maîtrise*, per far valere i quali occorreva rarefare i maestri, quindi limitare il numero degli apprendisti). I rapporti intimi e spesso affettivi determinati dalla convivenza familiare erano disciplinati minutamente dagli statuti delle corporazioni. È certo che qualche cantela ispirata al monopolio di classe, come il lungo periodo di tirocinio, in sostanza si risolveva in un perfezionamento della tecnica del mestiere. Cfr. in genere D'AVENEL, *Histoire écon. de la propriété, des salaires*, ecc., III, p. 145 sg.; ARIAS, *Della costituz. econ. e soc. nell'Età dei Comuni*, cap. II.

³) Da una statistica tedesca (*Stat. des deutsch Reichs*, 119, p. 69), si induce la prevalenza di questo tirocinio nelle piccole industrie: vi si impara di più, e manca la pressione della concorrenza, la bottega dell'artigiano avendo un raggio d'azione limitato ai bisogni locali. Il grosso industriale non attende da sé all'insegnamento (spesso non conosce neppure la tecnica del lavoro da lui diretto!), ma lo affida a operai abili, naturalmente ostili, come s'è visto. Cfr. CORNÉLISSEN, op. cit., p. 269. L'artigianato invece può considerarsi in alcuni luoghi come un vivaio di operai, dato il contatto diretto, assai più efficace, del capo dell'azienda coll'apprendista. Che il tirocinio puro alligni nell'artigianato tedesco è asserito da HEKNER, in

Le conseguenze di tutto ciò sono molto sensibili. Praticamente è l'insufficienza dell'insegnamento professionale negli stabilimenti industriali (di qui il rifiorire delle scuole professionali, talune anche annesse dai grandi industriali al proprio stabilimento) ¹⁾. Da ciò la mancanza di operai veramente abili: dal giovane lavoratore, un tempo apprendista, si richiede subito un lavoro remunerativo per chi lo impiega: spesso si trascura la finitezza per l'abbondanza, a scapito dell'apprendimento ²⁾: contro le conseguenze di questo sfruttamento (decadimento fisico e morale, con la coorte di mali che l'uno e l'altro accompagnano; diminuito rendimento del lavoro, ecc.) è bene che le leggi interven- gano, come contro ogni eccesso della libera concorrenza ³⁾.

L'altra conseguenza, giuridica, ci è già nota; la trasformazione nella struttura del contratto, il quale è ormai definito dai più tenendo presente il suo attuale assetto ⁴⁾, in cui risulta come intermedio tra il puro e vecchio tirocinio, e il contratto di lavoro industriale di tipo normale: ha un po' dell'uno, e un po' dell'altro ⁵⁾, ma soprattutto prevale quell'ultimo, perchè, ripeto, vero debitore del lavoro qui oramai figura l'apprendista; l'apprendimento è compenetrato col lavoro fatto, cosicchè l'apprendista si forma gradualmente col lavoro. Il quale quindi, come osserva il Crome, è e figura come una delle categorie in cui è suddiviso il personale addetto a un'azienda industriale (o anche com-

Schrift. d. Vereins für Socialpolit., 138.^o (1912), p. 124, da cui rilevo che ivi l'apprendista non solo non riceve, ma deve anzi un compenso pecuniario (Lelurgeld). Ciò che naturalmente limita gli aspiranti a questo tirocinio.

¹⁾ Insufficiente, dato il numero con cui esso è realmente impartito. Io ho nulla ad obiettare contro un insegnamento sperimentale fatto nella fabbrica: è questo anzi un elemento essenziale del « tirocinio »: la continuità del lavoro è essa stessa una causa di apprendimento progressivo. Su ciò sono d'accordo col PORRO, *appr. cit.* Quanto alle scuole professionali citerò la Prussia tra le regioni dove hanno assunto una grande importanza (1500 scuole nel 1910: cfr. ROUSSY, *La déchéance de l'apprentiss.*, in *Revue internat. de sociol.*, 1911, p. 715). Qui c'è ancora assai a fare, in Italia.

²⁾ Le leggi sul tirocinio, ad ovviare a questo danno, divietano il lavoro a cottimo, che sfrutta eccessivamente le giovani forze. E inoltre alcune vietano che l'apprendista sia adibito per lavori domestici o altri estranei e dannosi al tirocinio. Es. art. 14 legge feder. E così Prohiv. edil. Milano, 19 gennaio 1905, *Contratto di lavoro*, 1905, 409 (il cottimo esclude il tirocinio).

³⁾ In Italia manca una legge sul tirocinio; non è che il lavoro dei fanciulli (e delle donne) che si è protetto; ma il testo unico relativo non ovvia se non ad alcuni inconvenienti.

⁴⁾ Così AGNELLI, *Comm.*, cit., p. 48, scrive che il contr. di tir. non è di pura docenza, perchè le imprese industriali non vi si adatterebbero. Cfr. PORRO, *Azienda mercantile*, n. 8 (Estr. dal *Filangieri*, 1899); cfr. pure KRAINZ, *System*, cit., II, p. 256.

⁵⁾ Lo si considera quindi come misto di locazione di opere e di opera. Così PIC, *op. cit.*, n. 870; CROME, *System*, II, 2, p. 671. Cfr. CARNELUCCI, *op. cit.*, p. 98, nota 1.

merciale)¹⁾. L'apprendista senza essere vero operaio è però un lavoratore: perciò è tutelato dalle leggi sociali del lavoro (es. assicurato per legge contro gli infortuni, ciò che col tipo puro di tirocinio non sarebbe stato possibile)²⁾. Cosicché risulta ormai non troppo facile distinguere, in pratica, l'apprendista dalla progressione di grado gerarchico: vi è di comune il fatto di una categoria inferiore, da cui si ha il passaggio a una superiore. In fondo però la differenza non manca, benchè la progressione di grado gerarchico (promozioni di categoria) implichi quasi sempre una maggior esperienza, quindi capacità tecnica, acquistata colla pratica nella categoria inferiore³⁾.

Ad ogni modo non manca anche l'elemento « insegnamento », che, ripeto, informa e compenetra il lavoro dell'apprendista: questo elemento è elemento essenziale del contratto di tirocinio anche moderno⁴⁾, ed è appunto quello che distingue l'apprendista (rimunerato

¹⁾ Così anche il CARNELUTTI, op. cit., p. 99; DIERIG, *Kohaltionsfreiheit*, p. 12. Così intendono il tirocinio ormai le più recenti leggi (legge belga, e su essa CORNIL, in *Réf. soc.*, 1896, p. 79). In genere queste leggi fissano un limite massimo di ore di lavoro per l'apprendista. Con che si accetta senz'altro il nuovo, recente atteggiamento di questo contratto; ciò deriva anche dalle norme circa la determinazione della mercede dovuta all'apprendista. Cfr. §§ 4 e 7 legge island.

²⁾ Su ciò spec. CARNELUTTI, op. cit., p. 102 sg. È perciò che tanto l'assicurazione obbligatoria (art. 8 Regol. infort.) quanto la legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli (art. 2 Regol. relat.) non sono applicabili al vero e puro tirocinio, in istituti di educazione, cioè, esercitati non nell'interesse dei maestri, ma di chi vi lavora, con prevalenza cioè dello studio e dell'insegnamento professionale sul lavoro manuale effettivo. Tutto questo non ha inteso l'AGNELLI, op. e l. cit. Anche la legge sui proibiviri riguarda l'apprendista (art. 1, legge relat.). Anche se senza paga? (con che ci avviciniamo al tirocinio puro). Io credo di sì: l'art. 1 usa la dizione larga « operai o apprendisti », che mi pare non presupponga necessariamente l'apprendista-garzone (così Trib. Torino, 28 maggio 1904, *Boll. Uff. lav.*, 1904, II, 397). Sull'ampia portata di questa legge, del resto, cfr. sopra, p. 243.

³⁾ L'apprendista non è attualmente un vero operaio (lavoratore, cioè, esperto dell'arte sua), ma sarà solo un futuro operaio provetto, e non si può considerare come provetto neppure nella categoria a cui appartiene. Invece la promozione presuppone operai fatti, provetti nella categoria da cui passano alla superiore. Ed è tanto vera questa differenza, che, come avvertono i coniugi WEBB, *Industr. democr.*, p. 491, mentre i sindacati operai tendono a limitare gli apprendisti (cfr. sopra), non avversano per nulla le differenze di categoria, e quindi la promozione dall'una all'altra, quanto al numero dei candidati alla promozione. — L'alunato negli impieghi dei pubblici uffici è assimilabile all'operaio aspirante, per l'affidamento della sua capacità, a una assunzione in ruolo stabile; ha quindi nulla a che fare coll'apprendista anche improprio, malgrado l'affinità del nome. Corte conti, Sez. un., 12 aprile 1912, *Contr. lar.*, 1913, 48.

⁴⁾ Proibiv. metall. Torino, 3 febbraio 1905, in *Massim.* del REDENTI, n. 941. Su ciò tutta la giurisprudenza è concorde. Talora, anzi, si è arrivati a rievocare addirittura il concetto puro dell'apprendista: ad es. Trib. Genova, 23 marzo 1904, *Contr. lar.*, 1905, 191; e Prob. ind. alim. Milano, 1 maggio 1904, in *Boll. Uff. Lav.*, 1904, I, 696 (il contr. di tirocinio è normalmente gratuito). Viceversa la Cass. To-

in tutto o in parte coll'insegnamento), dall'operaio, non apprendista ma non completamente formato, e quindi appartenente alle categorie più basse, e con salario più basso: qui l'insegnamento ha nulla a che vedere. A questo elemento essenziale il rapporto è informato, ad es., nella estrema mitezza della mercede dovuta all'apprendista, che è parzialmente remunerato con l'apprendimento, e che qualche volta, nel primo mese, non riceve nulla ¹⁾; nell'estremo sviluppo di quella subordinazione che è propria della locazione d'opere ²⁾; nella inammissibilità di questo contratto nelle aziende in cui mancasse ogni possibilità di apprendimento ³⁾; nella esclusione del lavoro a cottimo per l'apprendista, come s'è visto or ora.

La conclusione è che la denominazione di questo tipo attuale come « contratto di tirocinio » è ormai impropria, ma implica, come osserva il Carnelutti ⁴⁾, un'estensione del significato di quel vocabolo. Questo recente atteggiamento del contratto di tirocinio sussiste ad ogni modo accanto a quello autentico e proprio; e di questa differente struttura abbian visto come risulti una traccia nella stessa nostra legislazione sociale; che, quando allude all'apprendista, allude proprio all'apprendista in senso improprio, come è oggi nelle aziende industriali (il tirocinio vero è ormai relegato nelle scuole professionali: cfr. art. 2, n. 3, testo unico, infort. sul lav., che annovera l'apprendista tra gli operai; art. 8, lett. c, Regol. inf. sul lav., e art. 2, Regol. lav. donne e fanc.); quindi comprende anche il garzone, l'aiuto operaio, ecc. ⁵⁾.

rino, 26 giugno 1905, *Contr. lav.*, 1905, 429 si limita a fare dell'apprendista un elemento intenzionale del lavoratore.

¹⁾ Ciò che è talora arma nelle mani dell'industriale, per uno sfruttamento dell'apprendista. Infatti questo mese ha il carattere per lo più di periodo di prova, che permette al padrone il licenziamento; di questi il padrone talora abusa, nè le leggi sul tirocinio hanno saputo prevedere o frenare questo abuso.

²⁾ Come osserva l'App. Firenze, 16 maggio 1911, *Foro*, 1911, I, 1167, il barbotto (l'apprendista toscano) lavora « sotto la direzione ad es. di un capo squadra, e non in modo autonomo come il vero operaio ». Autonomo relativamente! Confronta sopra, p. 633.

³⁾ Così Prohiv. Alim. Milano, 5 ott. 1903, *Massim.* del REDENTI, n. 942. L'assunzione di apprendisti è allora un abuso illegale, contro cui è giusto reagire. Si capisce che l'apprendista ha in tal caso veste di operaio, con pieno diritto al salario normale, data la sua capacità tecnica.

⁴⁾ Op. cit., p. 101. Oggi è vera l'osservazione della Suprema Corte torinese, ult. cit., che garzone ed apprendista sono due sinonimi, nel comune linguaggio industriale.

⁵⁾ Il Tribunale di Spoleto, 5 giugno 1911, *Contr. lav.*, 1911, 50, ritiene che l'articolo 9 pen. cap. t. un., infortuni si riferisca al tirocinio puro e non al garzonato, ma ho i miei dubbi sull'esattezza di questo concetto. Evidentemente la legge non ha creduto di tener conto del salario effettivo pagato all'apprendista (ecco dunque il concetto improprio!) per la sua meschinità, già rilevata da me nel testo; perciò lo colloca senz'altro accanto all'operaio con più bassa mercede. Non è questo, caso mai, un rinvio al concetto del garzonato?

A questa stessa differente struttura si connette la non commercialità del tirocinio puro; e la subordinazione invece dell'improprio alle leggi commerciali, pel carattere di impresa mediatrice di lavoro dell'azienda a cui è aggregato.

252. Il contratto di arruolamento marittimo è indubbiamente sottoposto alla legge commerciale, in cui la disciplina minuta di questo rapporto costituisce l'unico esempio di regolamento legislativo, nel diritto privato nostro, della locazione d'opere: è stato perciò asserito questa essere una guida pel futuro legislatore. E ciò in parte è vero ¹⁾; ma non bisogna dimenticare che questo rapporto di lavoro marittimo ha atteggiamenti suoi speciali, che hanno richiamato per tempo l'attenzione del legislatore ²⁾ e non si verificano per il lavoro industriale non fatto su una nave, in condizioni assolutamente speciali. Il lavoro dovuto dalle persone che compongono l'equipaggio (art. 521 Codice comm.) al proprietario o utente della nave rientra in prevalenza nella categoria dei « servizi » (lavoro per risultato immateriale), e ha carattere industriale, così come l'ha il trasporto ³⁾. È lavoro subordinato ⁴⁾; anzi rispetto all'equipaggio sottoposto all'autorità del capitano la subordinazione ha i caratteri, già notati, di una disciplina per necessità di cose molto rigida.

Dal punto di vista della disciplina giuridica del rapporto mi limito qui a ricordare che non rientra nel quadro del nostro argomento se non l'arruolamento dei marinai pagati a mese o a viaggio, nel qual ultimo caso abbiamo un lavoro a cottimo: qui si prescinde dal tempo, e si assume come criterio misuratore il rendimento del lavoro, perchè il viaggio non è che il risultato di una combinazione di tutti gli sforzi; l'equipaggio sarà interessato ad abbreviare il tempo del viaggio,

¹⁾ CAVAGNARI, in *Giurispr. ital.*, 1901 (LIII), IV (*Il diritto maritt. e il contr. di lavoro*). Specialmente notevole è, salvo l'art. 535, tutta la parte che si riferisce al rischio del lavoro, in cui in sostanza la legge commerciale si attiene, come si vedrà, al diritto comune. Ma, ad es. certe formalità per la stipulazione del contratto non si possono, come pensava il CAVAGNARI, a cuor leggero generalizzare senz'altro, dato anche il loro sfondo storico. In parte (confronta art. 538) la legge commerciale è improntata ai criteri moderni di quell'equità, che d'altronde è regola vivificante anche per il diritto comune (art. 1124).

²⁾ Vi sono anche ragioni storiche, connesse coll'ordinamento della marina militare, che spinsero un tempo gli Stati a preoccuparsi di questo rapporto.

³⁾ Carattere elaborativo di materia prima possono avere le prestazioni di lavoratori addetti alle macchine, o alla cucina. L'art. 18 Cod. mar. merc. distingue inoltre le persone addette alla navigazione da quelle addette alle arti ed industrie marittime (non allude però all'arte manifatturiera, essendovi compresi il pilota pratico, i barcaiuoli, i pescatori del litorale, ecc.).

⁴⁾ Mi limito all'equipaggio, di cui non fa parte il pilota pratico locale, a servizio di più navi, quindi (sopra, p. 662) lavoratore autonomo. Così DE SIMONE, *Condiz. della gente di mare, ecc.*, p. 347.

potendolo. Invece già sappiamo ¹⁾ che l'arruolamento con partecipazione al profitto e al nolo rientra nei rapporti a struttura associativa. Abbiamo anche visto la singolarissima disposizione dell'art. 535, che estende all'arruolamento come locazione d'opere una regola propria di questi rapporti a struttura associativa ²⁾.

Applicazione di questa differenza strutturale è, come sappiamo ³⁾, il beneficio della legislazione sociale per i marinai arruolati a mese o a viaggio, non a quelli associati all'arruolamento. L'art. 21, testo un., inf. lav., allude solo ai « componenti l'equipaggio... i quali siano retribuiti con salario o con stipendio, fatta eccezione del pilota pratico ». Ora, noi sappiamo che la partecipazione agli utili non è nè salario, nè stipendio per la dimostrazione che ne abbiám fatto a suo luogo. È appunto questa incertezza della « remunerazione » (in lato senso) ⁴⁾ del lavoro che ha fatto escludere dal Regol. infort. lav. l'espressa menzione dell'arruolamento in qualunque modo fatto ⁵⁾. Nè mi convincono le obiezioni formulate: non che la legge non distingue nella forma del salario ⁶⁾, perchè appunto nell'arruolamento alla parte non vi è salario nel senso tecnico, proprio anche del testo un. sugli infortuni; non che il marinaio alla parte non sia tenuto per le perdite ⁷⁾, perchè sappiamo che questo non è contratto di lavoro, ma non è neppure contratto di società, come s'è dimostrato sopra; nè, per la medesima ragione, la subordinazione al capitano, compatibile con questa struttura associativa non evoluta. Del resto quasi tutti riconoscono che è rapporto diverso anche dalla locazione d'opere; ma, come il solito, esclusa la società non si sa che ricadere nei contratti di scambio. Si avrebbe dunque contratto di lavoro subordinato, con re-

¹⁾ Cfr. sopra, p. 193 per l'arruolamento con partecipazione ai noli, p. 229-230.

²⁾ Cfr. sopra, p. 185. Alle citaz. ivi in nota aggiungasi ROBERTI, in *Riv. diritto comm.*, 1913, I, 8 sg., che ha posto in luce come questo articolo rappresenti una deviazione dalle buone tradizioni italiane ispirate dall'*ordonnance* del 1681. È una vera mostruosità giuridicamente e praticamente.

³⁾ Cfr. sopra, p. 241, e in specie, per il caso nostro, p. 242, nota 4. Qui mi limito a integrare quell'affermazione, la cui dimostrazione del resto risulta già da quanto ho ivi largamente esposto.

⁴⁾ Cfr. sopra, p. 193 unit. a p. 241.

⁵⁾ Questa è l'interpretazione, esatta, dell'on. RAVA, in una sua circolare 5 maggio 1904 esplicativa della portata del testo unico.

⁶⁾ Così ORDINE, in *Foro it.*, 1907, I, 403. Noto che anche la quota spettante al marinaio arruolato alla parte è « equivalente » delle sue fatiche, poichè anche il contratto di società e quello di associazione sono a titolo oneroso. Cfr. le mie *Istituzioni di dir. civ.*, p. 401.

⁷⁾ È l'obiezione comune della giurisprudenza, che è contraria al mio assunto, per quella tendenza equitativa all'estensione indebita di concetti che possono avere per effetto l'obbligo dell'assicurazione, che già sopra abbiamo rilevato, cfr. p. 648, 649.

lativa assicurazione obbligatoria! E in ciò, ripeto, non consento, malgrado il danno che da questa interpretazione può derivare ai marinai arruolati alla parte ¹⁾.

253. Il contratto di lavoro riferentesi alla produzione originaria, come abbiain visto, ha per elemento tipico del contenuto una prestazione di lavoro industriale in senso lato. Noi l'intendiamo qui come l'industria dello sfruttamento dei fondi (agricoltura, pastorizia, silvicoltura, ecc.); rispetto ai corsi di acqua abbiamo la caccia e la pesca.

Anzitutto ricorderemo come qui abbia avuto largo sviluppo la forma associativa imperfetta: non ho che richiamare per l'agricoltura la colonia parziaria (mezzadria e terzeria) ²⁾, per la pastorizia la soccida nelle sue varie forme ³⁾, salvo quella coll'affittuario (soccida di ferro); nella pesca è comune l'arruolamento alla parte ⁴⁾. È però certo che in tutti i casi si può avere vero contratto di lavoro: più frequentemente quanto all'agricoltura, ed esclusivamente contratto di lavoro quanto alla silvicoltura, allo sfruttamento di sorgenti, alla produzione mineraria e alla caccia, nelle quali non è a mia notizia che sussistano forme associative perfette o imperfette. Relativamente al taglio di boschi l'impresa presuppone il rapporto con lavoratori subordinati su cui non cade il rischio del lavoro è esplicitamente ricordata nell'art. 1, n. 2 del testo unico sugli infortuni sul lavoro; dove nel n. 1 si rammentano pure gli operai addetti all'industria mineraria (cave e torbiere), alla pesca (compresa quella delle spugne e dei coralli). È anche noto che del contratto di lavoro agrario si è occupato il progetto di legge sul contratto di lavoro del 26 novembre 1902 ⁵⁾, e il progetto Niccolini 20 maggio 1908.

Inutile rilevare a questo punto le forme varie che il contratto di lavoro qui può assumere; inutile per la varietà grandissima, dipendente dall'adattamento agli svariati bisogni e alle molteplici condi-

¹⁾ Cfr. in senso contrario Cass. Napoli, 15 maggio 1907, *Foro it.*, 1907, I, 635.

²⁾ Cfr. sopra, p. 214 sg., 229 sg. Il VALENTI, in *Italia agric. dal 1861 al 1911*, II (Milano 1911), p. 142, decanta « la grande efficacia dell'associazione del lavoro col capitale, che è il principio più luminoso dell'economia moderna ».

³⁾ È caratteristico l'impiego del vocabolo « conduttore » nell'art. 1635, nonostante l'art. preced. escluda la locazione per riconoscere una società. Ciò valga a chiarire quale importanza si deve attribuire a quel vocabolo impiegato pure per la colonia. Erronea è pure la redaz. dell'art. 1, prog. legge sui contratti agrari del 1902 (« ...i contr. di locazione... che abbiano forma di... partecipazione... »).

⁴⁾ Cfr. sopra, p. 803 sg.

⁵⁾ L'art. 1 si riferisce al contratto di lavoro « col quale un operaio o altro lavoratore manuale si obbliga al servizio di un imprenditore o padrone... ». Formula che lasciò in qualche comizio agrario (es. di Aquila: cfr. COLETTI, *I contr. agrari e il contr. di lavoro agric. in Italia*, 1903, p. 197) il dubbio sul riferimento anche ai lavoratori dipendenti dai conduttori di fondi. Ma veramente la parola « padrone » è abbastanza generale.

zioni locali ⁴⁾. Limitandomi a quello strettamente agricolo troviamo che esso è diffuso in tutte le zone agricole d'Italia, in ispecie in quelle settentrionali e meridionali, e nel Lazio; regioni tutte in cui domina la grande cultura estensiva, vera impresa agricola ²⁾, senza predominare in nessuna ³⁾; vi hanno salariati a mercede fissa e non fissa; a cottimo ⁴⁾ e a tempo (a giornata o per diverso determinato periodo di tempo) ⁵⁾. Possiamo avere il lavoro subordinato (es. il bracciante a giornata, il cui lavoro dura esclusivamente dalla mattina alla sera; o il bragliano del Ferrarese, impiegato per tutto l'anno salvo casi di forza maggiore); e astrattamente non si può neppur escludere chi assumesse l'impresa di dissodare un dato fondo. Le imprese di bonifica non vanno comprese tra le imprese agricole in senso proprio.

I contratti di lavoro nella produzione originaria non sono sottoposti alla disciplina della legge commerciale (salvo quanto alle imprese per la pesca e la caccia, secondo il tenore dell'art. 5 Cod. comm.): quando anche, per tutte, sussista la figura della « impresa di somministrazioni », di cui all'art. 3, n. 6 ⁶⁾. Se poi sussiste un' « impresa di manifatture », art. 3, n. 8, in questo caso usciamo dalla categoria delle industrie estrattive, per ricadere in quella di elaborazione di materie prime, sulle quali non vi ha dubbio ⁷⁾. Ciò si rileva dall'art. 5, malgrado sembri apparentemente limitato alla sola « vendita... dei prodotti del fondo... »;

⁴⁾ Ragione per la quale è assai più difficile legiferare per il contratto di lavoro agricolo (pel quale, come per i contratti agrari, bisogna fare largo assegnamento sugli usi locali) che non per il contratto di lavoro industriale. Certo non si possono fondere, come ha fatto il progetto del 1902.

²⁾ Il salariato agricolo prevale dove vi è il latifondo su cui si stabilì la grande impresa: dalla quale conseguì, oltre al salariato e alla coalizione in leghe dei lavoratori agricoli, la concentrazione della recente tecnica agricola a base di macchine (cfr. JOLY, *L'Italia contemporanea*, 1911).

³⁾ Rilevo questi pochi cenni dalla già cit. eccellente monografia del COLETTI, p. 79 sg.

⁴⁾ Compreso anche il cottimo collettivo, e il caposquadra (i tristamente noti « caporali » delle Puglie) che fanno lavorare, sfruttandoli come s'è visto sopra, più operai agricoli.

⁵⁾ Un contratto di lavoro agricolo minutamente disciplinato è quello delle risaie: legge 16 giugno 1907, n. 327.

⁶⁾ In senso contrario ARCANGELI, appr. cit., p. 595: ma se queste somministrazioni non sono che vendite, come conciliare questa diversa opinione coll'art. 5, che appunto non consente a queste vendite carattere di atto di commercio? Salvo sempre se sono somministrazioni autonome, cioè indipendenti dalla produzione. Ma allora, come per la nota seg., si esce dall'industria estrattiva.

⁷⁾ Si esige infatti in tal caso che l'impresa di manifatture sia indipendente dalla produzione del fondo. È dubbio se uno stabilimento di orticoltura sia impresa di manifattura. Per l'affermativa VIVANTE, *Tratt.*, I, n. 77 (IV ed.); per il no ARCANGELI, cit., alla cui critica mi associo. Per la lavorazione artificiale dei fiori in serra crede lo STADTHAGEN, *Arbeiterrecht*, p. 68, che non vi sia attività industriale; ritiene tale però (?) quella dei lavoratori addetti.

ed è conseguenza giustamente assai criticata della avversione (vinta in parte coll'art. 3, n. 3, ma non interamente superata) a concepire la natura commerciale delle operazioni su beni immobili ¹⁾).

Quanto alla tutela della legislazione sociale, limitatamente al lavoro subordinato, non c'è veramente una ragione per escluderla. E infatti il contratto di lavoro minerario (così come nelle gallerie in genere) è vietato ai fanciulli prima dei 13 o, se non esiste trazione meccanica, dei 14 anni; e alle donne di qualsiasi età ²⁾. Quanto all'assicurazione contro gli infortuni si sa che qui il legislatore ha proceduto per gradi; in genere sono perciò sottratti alla tutela quei contratti di lavoro nella produzione originaria in cui il rischio è sembrato assai minore. Così mentre il testo unico attuale tutela il lavoro minerario, di taglio dei boschi e di pesca, esclude invece il lavoro agricolo ³⁾, rispetto al quale sono ammessi al beneficio della legge solo gli operai che sono addetti a prestar l'opera loro a servizio delle macchine mosse da agenti inanimati, o i loro motori ad uso agricolo; o dei cannoni o altri apparecchi grandinifughi (art. 1, n. 4 e 5; art. 2, n. 4). Rispetto al lavoro agricolo sembra ai più, tuttavia, matura ormai, e questo è verissimo, la estensione della assicurazione obbligatoria ⁴⁾.

Quanto all'atteggiamento speciale che al contratto di lavoro (subordinato) può far assumere il lavoro agricolo si può osservare in via molto generale (data la grande varietà dei tipi di questo contratto), e come semplice tendenza anzitutto la maggior facilità con cui si presentano i salari in natura: la ragione è ovvia. E sappiamo pure, a tal proposito, che la facoltà di pagarsi col godimento di una data porzione di terra è una mercede ⁵⁾.

Inoltre variano l'epoca del pagamento della mercede, e la durata del contratto di lavoro. Sull'uno e sull'altro influisce lo scopo del la-

¹⁾ Cfr. ARCANGELI, in *Rivista dir. comm.*, 1914, I, 594. Si tende, per ciò, a sottrarre quanto più è possibile all'art. 5. Così si è ritenuto che l'esercizio di una miniera sia atto di commercio (app. Palermo, 18 giugno 1912, *Circ. giur.*, 1913). Anche più radicale è l'opinione di chi in genere sottrae all'art. 5 la produzione originaria assunta in forma di impresa. Così MANARA, *Atti di comm.*, cit. 22; l'ARCANGELI, come s'è visto, è in quest'ordine di idee quanto alla vendita dei proprii frutti fatta in forma di impresa con larghi mezzi.

²⁾ Art. 1, testo unico 1 nov. 1907.

³⁾ Cfr. CARNELUTTI, in *Infort. sul lavoro*, cit., I, p. 47 sg.

⁴⁾ Cfr. in genere VUOLI, in *Rivista internaz.*, 1913, 3. Fu ritenuto che la legislazione sociale non tutela il lavoro agricolo perchè nei campi la dignità e l'incolunità del lavoratore è più rispettata, e perchè non vi è la concorrenza tra padroni a deprimere la condizione di questa categoria di lavoratori. Cfr. GAILHARD-BANCEL, *Quinze années d'action syndicale*, Paris, 1902; BAIL, op. cit., p. 68.

⁵⁾ Cfr. sopra, p. 426, n. 1. Questa tendenza è vera dappertutto. Per l'Inghilterra cfr. FOX, *Report on the wages ecc.*, p. 25.

voro (la stagione di un dato lavoro agricolo; il raccolto cui il lavoro mira).

Fu ritenuto che il tasso dei salari, data la garanzia che all'impresa deriva dalla non distruggibilità del fondo, e date altre cause ancora (tra cui la facile integrabilità coi frutti del fondo, la non necessità di speciale tirocinio, ecc.), sia minore nei lavori agricoli. Ma bisogna anche tener conto della maggior potenza d'acquisto della moneta in campagna anzichè in città: il che, unitamente ai possibili altri diritti accessori ai frutti in natura, ha fatto concludere che in realtà il guadagno netto dell'operaio agricolo sia maggiore ¹⁾. Il che può essere vero, ma a condizione che si distinguano operai stabili e avventizi. L'avventiziato agricolo è, generalmente, in condizioni meno favorevoli delle già non buone condizioni di quello industriale. A proposito dell'avventiziato (giornalieri) si verifica pel lavoro agrario, a differenza o per lo meno in assai minori proporzioni che pel lavoro industriale, il fenomeno dell'avventiziato nomade.

Un'influenza capitale sembra dover determinare il fatto che i lavoratori sono sparsi, non agglomerati come gli operai nelle officine: colla conseguente minor facilità di organizzazione sindacale. Ma in realtà tra noi non è così: nel bracciantato dell'Italia, non solo settentrionale, questa organizzazione fiorisce, a differenza che tra i mezzadri ²⁾. Non si può quindi dire che il contatto col padrone distolga i lavoratori dall'organizzazione; o meglio ciò può solo essere un freno; in quanto è specialmente in regioni di sfruttamento industriale del suolo che quel fenomeno di organizzazione si verifica.

254. Con « contratto di lavoro domestico » intendo quello che vincola alla prestazione dei lavori umili e necessari, sia nelle abitazioni, come negli uffici ³⁾. È utile fissare i caratteri della « domesticità »: anzitutto per l'importanza che il sistema della legge vi riconnette, e perchè se alcuni casi rientrano decisamente in questa categoria di lavoro, o vi sfuggono con evidenza, altri tuttavia si ritrovano in una zona grigia. Inoltre non è sempre rilevante la natura del lavoro: il

¹⁾ BAYER, nella *Deutsche landwirtschaftliche Presse*, 1903, p. 265. Allo stesso risultato arrivano alcune indagini per gli Stati Uniti (*Industrial Commission, Report*, nel vol. X dell'*Agricoltura*, Washington, p. 80). È certo che a questo risultato contribuiscono pure i minori bisogni dell'operaio agricolo in confronto a quello che si inurba. Il CORNELISSEN, *Th. du salaire*, p. 220 sg., vede in ciò (nel conseguente diverso costo di produzione del lavoro) la ragione delle meno favorevoli condizioni generali del lavoratore agricolo.

²⁾ Su ciò cfr. sopra, p. 231, 233. Cfr. VALENTI, cit., p. 143, 144.

³⁾ Lo STEIN, *Contrat de travail, patrons et employés*, p. 13, li classifica come domestici preposti ai beni (es. portinai), alle persone (camerieri, ecc.) alle fattorie e ai beni rustici. L'art. 1350 Cod. civ. portogh., definisce il servizio domestico come « quello che una persona rende, per certo tempo, ad un'altra persona colla quale essa dimora, mediante una retrib. determin. ».

giardiniere dipendente dal proprietario di un parco è lavoratore domestico, mentre non lo è il giardiniere addetto a un'azienda di orticoltura ¹⁾.

Anzitutto il lavoro domestico è destinato a soddisfare un bisogno personale al creditore di lavoro, non già ad attuare un suo intento di speculazione: è il caso ora ricordato del giardiniere. Manca dunque completamente il concetto dell'impresa e della intermediazione di lavoro ²⁾. Ma non basta: con questo solo criterio tipico anche il barbiere sarebbe un domestico! Occorre si tratti di un bisogno personale non transeunte e non necessariamente determinato, ma continuativo e anche, entro certi confini, indeterminato. Con ciò si presenta il secondo carattere di questo lavoro, carattere che senza essere esclusivo alla domesticità, è però uno di quei tratti che saltano di più all'occhio. Adunque, oltre all'umile genere della prestazione, che ha per campo d'azione la casa, la fattoria, l'ufficio, la scuderia e via dicendo, il lavoro non è per lo più specifico quanto all'obbietto; chi lo presta è a disposizione del suo creditore per una quantità di lavori, non eccedenti quella categoria in genere, ma non (per lo più) nettamente specificati. Per lo più, non necessariamente: per certe mansioni, le attribuzioni possono essere ben determinate: il che è in genere tanto più frequente coll'elevarsi della natura delle attribuzioni (es. precettore, chauffeur, guardarobiera, capo cuoco, ecc.). Si capisce che, dato ciò, si tratta di lavoro che assorbe tutta o quasi tutta l'attività del lavoratore: che il lavoro sia destinato esclusivamente a un solo creditore del lavoro, si verifica per lo più, ma non è però elemento fisionomico di questo tipo di contratto di lavoro ³⁾. Se a ciò si aggiunge la tendenza di questo contratto alla durata indeterminata (fu detto appunto che la sua ragion d'essere è continua, non limitata a un obbietto isolato e transeunte), ne risulterà il carattere di questo lavoro come « servizio » nel senso stretto della parola ⁴⁾.

Su questa parola debbo anzitutto notare che essa ha anche un significato più lato che ricorda un po' il lavoro per scopi immateriali, che chiamammo appunto servizio ⁵⁾. Ma non è questo il significato

¹⁾ Ragione per cui il CUSENIER, *appr. cit.*, fa della domesticità uno stato, non un mestiere.

²⁾ Non ha carattere domestico quindi il servizio del personale degli alberghi. Così ritenne la Corte arbitr. della Nuova Galles del Sud, 25 agosto 1902, in *Boll. Uff. Lav.*, 1904, I, 958. Qui vi è l'impresa e l'intermediazione.

³⁾ Rientra dunque in questa categoria l'infermiere, non stabilmente addetto a una persona. In senso contrario cfr. CUSENIER, *Les domestiques en France* (1912), p. 5, che definisce il domestico come « l'employé qui vend sa force de travail à un employeur qui la consomme exclusivement ». Ma la domestica a ore?

⁴⁾ Cfr. già sopra, p. 679.

⁵⁾ Così il « contrat de service » del GROUSSIÈRE, (distinto dal « contrat d'indu-

che mi interessa. Intendo proprio riferirmi a quel lavoro che ha carattere di domesticità, in quanto è lavoro per l'assetto della casa (d'abitazione o d'ufficio), o per i servizi di questo genere di cui il creditore del lavoro abbisogna. Che la convivenza sia elemento tipico si può probabilmente asserire ¹⁾: è questo il terzo carattere, certo il più fisionomico, della domesticità ²⁾. La convivenza è un corollario in fondo dei primi due caratteri e rappresenta il miglior modo di attuazione di un bisogno continuativo personale al creditore del lavoro. Essa può avere più gradi di intensità: da quella massima che richiede il pernottamento nella casa del creditore del lavoro, alle altre forme che l'escludono, come è per un domestico preso a ore. In tutti i casi vi è convivenza nel senso che le parti contraenti vivono in comune e sotto il medesimo tetto una parte o la totalità della vita privata.

Tenendo conto di tutti questi elementi mi pare che diventi abbastanza chiara la distinzione tra domestici e operai ³⁾: il che, ripeto, è giuridicamente importante, perchè non per tutte e due le categorie di lavoratori è uguale il trattamento giuridico. Premesso che la nostra legge non contiene come in altri paesi (in Germania, nei Codici di tipo latino di alcuni Stati americani), ecc., una minuta disciplina del contratto di lavoro domestico, è certo però che il privilegio generale sui mobili del defunto per « i salari delle persone di servizio » degli ultimi sei mesi non è affatto estensibile agli operai: e ne è prova, oltre la lettera e lo spirito di questo art. 1956, num. 4 (lavoratori a servizio della persona ammalata, così come le somministrazioni pure

strie », ambedue suddistinzioni del « contrat du travail ») comprende i lavoratori addetti non alla materia (sua elaborazione), ma alla persona o allo stabilimento. E qui rientrano anche gli impiegati, le professioni liberali dipendenti ad es. da un istituto ecc. Noi poi abbiamo visto già in quale ampio senso questa parola sia assunta.

¹⁾ Pel Codice messicano il contr. di servizio domestico presuppone la convivenza sotto il medesimo tetto. Cfr. pure art. 1370 Cod. portogh., a cui pure il cod. brasiliano è ispirato. Qui troviamo una disciplina diffusa di questo contratto.

²⁾ Anche per CROME, *System*, II, 2, p. 661, è carattere essenziale del « lavoro domestico ».

³⁾ Un operaio alloggiato presso il padrone, ma che lavora nel suo stabilimento, o in quella parte della sua casa che è destinata al lavoro professionale del padrone (es. un fornaio) non è lavoratore domestico: è la qualità del lavoro che bisogna anche esaminare. Non dobbiamo quindi isolare la terza caratteristica della domesticità (convivenza), tanto più limitandola al puro pernottamento. Cfr. STADTHAGEN, *Arbeiterr.*, p. 69. Il dubbio può nascere se lavora in parte anche nell'abitazione: è questione praticamente importante per il riferimento a lui delle leggi del lavoro. Secondo lo STADTHAGEN le due qualità non si elidono e neppure si fondono; va considerato come operaio quando lavora come tale (per la legge infort. sul lav. non occorre lavoro continuo per tutta la giornata come operaio). La giurispr. tedesca tende invece a rilevare solo l'attività prevalente. Ma ciò non è sempre possibile. Si noti che il contratto di lavoro, sebbene vario di contenuto, è sempre unico.

ivi ricordate), anche il confronto con l'art. 773, n. 1, Cod. comm. che cita separatamente gli « operai impiegati direttamente dal fallito » e le « persone di servizio ». Questo conferma il significato ristretto in cui questa parola « servizio » può essere assunta, e che non è forse quello in cui è usato nell'art. 1627, n. 1 (locazione delle persone che « obbligano la propria opera all'altrui servizio ») ⁴⁾.

Che sia lavoro subordinato, non è proprio necessario dichiararlo. Noto che questa subordinazione è qui accresciuta e resa più sensibile ²⁾, anzitutto dal permanente contatto col creditore del lavoro (convivenza!), che è richiesto, per le varie categorie di lavoro domestico, dalla natura stessa del lavoro (servizio personale), e da questo stesso genere di attività; poi dal carattere indistinto della natura delle mansioni affidate, nei limiti larghi del contratto. Questa indeterminatezza crea quel « mettere le proprie energie a disposizione » che già sopra abbiamo ricordato ³⁾, e di cui abbiamo escluso che si tratti di una prestazione di lavoro umiliante o degradante. Ma questa considerazione teoretica a nulla vale, ripeto, di fronte alla natura di questa attività, che si esplica in un « servire »; perciò non impedisce che quella subordinazione sia vivamente sentita e per lo più mal tollerata: a ciò si riconnette il fatto che sul mercato del lavoro domestico la domanda di lavoro è infinitamente minore che in quello industriale, in cui è meno acuta la subordinazione ⁴⁾. Bisogna ad ogni modo considerare che è questo un rapporto che, come in ogni altro tipo di contratto di lavoro, si evolve, e va lumeggiato coll'art. 1124 ⁵⁾; non sapremmo oggi, in Italia, ammettere, come la concezione che un tempo vigeva sul lavoro domestico, cioè servile ⁶⁾, così più o meno le sanzioni gravi

⁴⁾ Cfr. sopra, p. 679. Il Cod. nap. ha nell'art. 1779 l'espressione « gens de travail qui s'engagent au service.... »: con queste parole certo si intende dai compilatori alludere ai debitori di lavori umili e domestici, quelli che il LOISEAU, nelle sue *Instit.*, colloca tra *les gens de métier* (*gens de bras*, o *mercenaires*, come li chiama).

²⁾ Perciò il BOISSARD, *Contr. de travail et salar.*, p. 73-74, vede qui solamente la vera « locazione di servizi », e l'affinità colla locazione di cose. Cfr. PLANIOL, *Traité élém.*, II, n. 1879.

³⁾ Cfr. p. 679-680.

⁴⁾ HERKNER, in *Schriften d. Vereins f. Socialpolitik*, 1912 (138.^o), p. 131.

⁵⁾ Ad es. l'obbligo di un sano ambiente di lavoro, a carico dei padroni; obbligo esplicitamente imposto in Francia colla legge 15 febr. 1907, rispetto ai lavoratori non domestici alloggiati presso il creditore del lavoro. Cfr. l'introduzione.

⁶⁾ Un tempo era riconosciuta una vera signoria sulla persona del domestico; da ciò le pene corporali, e un'incapacità che non erano se non l'eco della disistima in cui quella categoria di lavoratori era tenuta. È in riferimento a questo stato di cose che l'art. 18 delle *Dichiaraz. dei dir. dell'uomo* (24 giugno 1793) sancì che « La loi ne connaît point de domesticité, il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance outre l'homme qui travail et celui qui l'emploie ». Ma la *Dichiaraz.* dell'anno III diceva al tit. II, art. 13: « L'exercice des droits de

che a una fuga del lavoratore domestico altre leggi oggi vigenti riconnettono ⁴⁾. Si deve anche notare che la benevolenza ⁵⁾, da cui l'attuazione di questo rapporto di lavoro a struttura ancora patriarcale è compenetrata, smussa in fatto più o meno largamente le asperità di quella subordinazione. Più o meno largamente: la misura deriva dal grado sociale della famiglia ai cui servizi il lavoratore domestico è addetto, cioè dal solco più o meno profondo scavato tra i padroni e i domestici ⁶⁾.

E a proposito di questo rapporto ispirato alla benevolenza, cioè in cui domina largamente l'impulso direttivo e moderatore del sentimento, è questa appunto la ragione per cui il diritto non se ne occupa, almeno nei popoli di razza latina, più che tanto (rimettendolo agli usi locali, e all'equità): l'impero della coazione arretra, in fatto, dove domina il sentimento. Perciò le leggi sociali non tutelano affatto questo lavoro ⁴⁾; anche per i rischi minimi cui è esposto, e a cui, ripeto, normalmente si reputa che provveda, oggi, la benevolenza cui sopra ho ricordato ⁵⁾. È certo, inoltre, che la convivenza del lavoratore domestico crea un certo nesso tra lui e la famiglia in cui vive (i vecchi sociologi distinguevano nella *familia completa* oltre a quelle *conjugalis* e *parentalis* anche la *societas herilis* ⁶⁾). Che nel fatto di una

citoyens est suspendu... 3.^o par l'état de domestique à gages..... ». E l'art. 1781 (poi abrogato) del Cod. napol. estendeva ai domestici, che erano tra le « gens de travail », la credibilità senz'altro dell'affermazione dei padroni. Così non è per il Cod. civ. ital.

⁴⁾ In certe *Gesindeordnungen* tedesche (noto qui che secondo ENDEMANN, *Jahrb. f. Nationaloek.*, 1890, 703, queste avrebbero perduto ogni valore pratico; cfr. però art. 95 cod. civ. germ.) la violazione contrattuale dei domestici è sottoposta addirittura a misure di polizia, e a pene: il CROME, op. cit., p. 663, giustifica ciò coll'importanza sociale di queste prestazioni (!). L'art. 95 Cod. civ. ted. però elimina il diritto di pena, lasciando solo il risarcimento dei danni. Cfr. FULD, in *Arch. f. d. off. Recht*, XIV, p. 93 sg. Il Cod. brasiliano obbliga il domestico minore d'età fuggito per colpa sua (non per cattivi trattamenti) a reintegrare il servizio, che è prolungato, per pena, di un periodo non oltrepassante i sei mesi.

⁵⁾ Sulla quale, in rapporto al nostro argomento, cfr. PETRONI, in *Rivista italiana sc. giurid.*, XXV, p. 379.

⁶⁾ È sintomatico, per la profondità del solco, l'uso protocollare nelle grandi famiglie che il domestico non rivolga mai la parola direttamente, ma solo in terza persona al padrone.

⁴⁾ Il prog. di legge minister. sul contr. di lavoro del 1901 lo comprendeva (cfr. art. 1). Ma la Commissione elaboratrice intendeva escluderlo, considerando appunto la domesticità come un rapporto di carattere familiare.

⁵⁾ Così era anche per l'operaio prima dell'avvento della grande industria (regime patriarcale, sorretto dal sistema delle corporazioni di mestiere). E ciò spiega come il diritto si sia così scarsamente occupato della locazione di opere. Cfr. l'introduzione; e cfr. la critica del SALVIOLI, *I difetti soc. del cod. civ.*, 1891, p. 40-41, al silenzio del Codice sul nostro rapporto, « abbandonato... alle consuetudini locali e alla coscienza dei padroni... ».

⁶⁾ Il MEYER, *Di christl. eth. Principien, und die Arbeiterfrage*, 1904, p. 84. con-

appartenenza alla consociazione familiare in senso lato ¹⁾ vi sia del vero, non vi ha dubbio: io credo, ad es., che in questo lato senso vada intesa l'espressione famiglia di cui all'art. 522 (diritto di uso); malgrado l'esplicazione che segue nell'art. 523. E soprattutto quella appartenenza, che non è se non la convivenza, imprime al rapporto caratteri peculiari. Così essa imprime in parte alla mercede questa forma speciale che è data dall'alloggio e dal vitto in natura (così è detto esplicitamente nell'art. 344 Cod. fed. obblig.); e soprattutto imprime al rapporto un carattere spiccatissimo di fiduciarietà ²⁾. Da cui segue ad es. che il rapporto di domesticità o è l'aggravante per certi reati (es. art. 332 e 404, n. 1, Cod. pen.), commessi « con abuso della fiducia derivante da scambievoli relazioni di... convivenza » ³⁾; che il rapporto di domesticità ⁴⁾ autorizza la domanda di apposizione dei sigilli (art. 848, n. 3, Cod. proc. civ.), e crea l'incapacità alle funzioni di giurato.

Per ultimo rilevo la grande difficoltà per la massa dei lavoratori domestici di organizzarsi, dato appunto questo elemento caratteristico della domesticità, che ne fa un aggregato della consociazione familiare, rompendo ogni possibile coesione tra essi. Questo sarebbe un motivo per una deficiente evoluzione di questo rapporto. E lo è infatti dove questa scarsa difesa del lavoratore non è resa inutile dalla esiguità della domanda di lavoro domestico ⁵⁾. In realtà io sono con coloro (i più tra gli economisti inglesi) i quali pensano che l'organizzazione sindacale qui sarebbe assai più un male che un bene, portando uno sgretolamento di quella specie di consociazione familiare da cui il rapporto è oggi ancora (ma sarà sempre così?) così abbondantemente alimentato ⁶⁾.

sidera il rapporto col domestico non puramente come contratto di lavoro, ma come vincolo di appartenenza alla consociazione familiare.

¹⁾ Perchè in senso proprio la famiglia presuppone la parentela o l'affiuita. CICU, *Il diritto di famiglia*, p. 7.

²⁾ Cfr. sopra, p. 639 sg.

³⁾ Cfr. sopra, p. 641.

⁴⁾ La domesticità, a tutti questi effetti, deve essere permanente, non transitoria: tale cioè da ingenerare il rapporto di benevolenza. Cass. pen., 23 nov. 1905. *Foro*, 1905, II, p. 45.

⁵⁾ I coniugi WEBB, *Industrial democracy*, cit., p. 674, osservano con ragione che le condizioni del domestico e dell'operaio non sono eguali: il primo si trova col padrone su un piede di eguaglianza (malgrado la più sensibile subordinazione) assai più che l'operaio. Ma soprattutto è la rarità della offerta di lavoro domestico che influisce: le condizioni di una padrona senza la domestica (che è in condizioni assai superiori, perchè conosce il servizio meglio della padrona) sono assai meno sopportabili che quelle di una domestica senza padrona. La concorrenza qui è tra creditori di lavoro a vantaggio, non a danno del lavoratore domestico: tant'è che nei grandi centri urbani le condizioni di questi sono migliori che nella campagna.

⁶⁾ L'organizzazione ha quindi una ragion d'essere dove manchi questo elemento

255. È importante determinare i connotati del contratto di impiego, a cui si sono recentemente rivolte le cure del nostro legislatore: ciò specie quanto all'impiego pubblico; il movimento in favore di una disciplina legislativa del contratto di impiego privato non ha ancora conseguito il suo intento ¹⁾. Ad ogni modo, salvo la diversità tra le mansioni in territorio di diritto pubblico e di diritto privato, le linee fisionomiche tipiche non mutano. Quindi data anche la nostra opinione sulla contrattualità del rapporto di pubblico impiego, qui ne discorro brevemente, senza distinguerlo dal privato. Vediamone i connotati essenziali.

a) Un primo requisito della prestazione di lavoro dell'impiegato sarebbe, per concorde avviso di dottrina e giurisprudenza, la continuità. Impiegato è prima di tutto chi vincola l'opera propria in modo continuativo e permanente ²⁾. Tale non sarebbe dunque chi si vincolasse per uno scopo che richiedesse una breve o transeunte attività di lavoro. Nel progetto Luzzatti proposto dalla Commissione era all'art. 1 indicato il contratto « a tempo indeterminato », ma ciò non

tipico della domesticità. E così è infatti ad es. tra gli addetti alle cucine o alla mensa degli alberghi, che vedemmo esorbitare dal campo della propria e vera domesticità. Certo hanno ragione i WEBB, quando osservano che stanno, malgrado questa organizzazione, assai meglio i lavoratori domestici delle case private, in cui manca l'intento speculativo nei padroni (osservo qui incidentalmente che per questa mancanza il PLANIOL, in *Revue crit. de lég.*, 1909, 202, vorrebbe la responsabilità puramente soggettiva dei padroni in rapporto ai domestici, a differenza che per l'attuale nostro art. 1153, n. 3, a torto secondo il mio avviso). E tuttavia è più abbondante l'offerta di lavoro laddove, come negli alberghi, c'è una maggiore autonomia: l'istinto per l'indipendenza propria è generalmente così vivo da distogliere molti dall'accettare una mercede in forma anche di vitto e di alloggio, perchè sa di domesticità. Cfr. FOURNIÈRE, op. cit., p. 131. Ciò spiega la tendenza, in certi paesi, all'attenuazione costante della « domesticità »; a cui si sostituisce, anche per i lavori domestici, un rapporto improntato a maggior autonomia. Così in America. È un'evoluzione molto lenta, ma che intacca anche il rapporto domestico, così come è oggi, tra noi.

¹⁾ Per lo stato giuridico dei pubblici impiegati ricordo il testo unico 22 novembre 1908, n. 693; per l'impiego privato il disegno di legge LUZZATTI presentato alla Camera il 24 aprile 1913, con un'ottima Relazione dell'on. ORLANDO (e già prima il prog. del 1902, art. 64 seg.), e rielaborato posteriormente con una relazione dell'on. SCHANZER.

²⁾ Naturalmente questa continuità può presupporre o che il rapporto sia a tempo indeterminato, e cioè per il non lungo termine degli usi apposto al contratto, che viene per tal modo continuamente rinnovato con tanta relocazione; o un più lungo termine apposto nel contratto implicante la « stabilità ». Su ciò nel volume seguente. Aggiungo qui solo che la certezza o quasi certezza della continuità di impiego si sconta, come sempre, in un minor tasso della mercede: minore, appunto per ciò, per gli impieghi pubblici in confronto a quelli privati. Negli uffici pubblici in sostanza il rapporto è sottratto, sia per il tasso della mercede, come per le condizioni di lavoro, alla libera concorrenza, e alla libera determinazione individuale (PHILPROVICH, cit., I, 298).

come un requisito essenziale, ma solo normale: la continuità infatti è data, normalmente, dalla indeterminatezza della durata, non da un lungo termine apposto al contratto;

b) Quanto ora si è detto ci conduce a escludere l'« impiegato » quando il lavoratore sia assunto per uno scopo specifico, o per determinati affari: debbo qui richiamare quanto già sopra s'è visto a proposito del concetto di « servizio » ¹⁾. L'impiegato pone a disposizione dell'altro contraente le proprie energie di lavoro, nei limiti larghi posti nel contratto e determinati dalla capacità professionale, dalle attitudini tecniche del lavoratore ²⁾.

Questo naturalmente implica il carattere nettamente subordinato del lavoro dell'impiegato. Si può ritenere senz'altro che se la subordinazione manca, manca la figura dell'impiego ³⁾. Il quale quindi appartiene alla categoria della « locazione d'opere »: tutta la battaglia sostenuta dal Cogliolo ⁴⁾ per negare questo, e per riconoscere al contratto di impiego la dignità di tipo autonomo di contratto (innominato) disconosce, a mio avviso, la larghissima e la modernissima concezione della locazione d'opere, che, in unione a quella d'opera, esaurisce tutto il territorio del contratto di lavoro.

c) Già a questo punto vi sarebbe modo di distinguere gli operai (o salariati) dagli impiegati ⁵⁾. Infatti è vero che vi è continuità anche per gli operai; ma in grado minore che per gli impiegati: le crisi industriali colpiscono questi meno di quelli. E il concetto di « ser-

¹⁾ Cfr. sopra, p. 679.

²⁾ Così esplicitamente anche l'art. 1, prog. legge cit. Cfr. la Relazione ivi dell'on. ORLANDO, p. 12 (Estr. dagli atti Parlament.). Anche il COGLIOLO, *Scritti vari di dir. privato* (1910), p. 317, definisce il contratto di impiego come quello che contiene « la destinazione che una persona fa della propria generale attività in favore di privati... con intendimenti continuativi e a scopo di carriera ». Il COGLIOLO, è un fervido illustratore di questo contratto. Sul concetto di impiegato cfr. in generale gli scritti sull'impiego nel diritto pubblico (PACINOTTI, VITA, ecc.).

³⁾ Così sono nati dei dubbi a proposito dell'agente di una società di assicurazioni: cfr. *Jahrb.* di JHERING, 1912 (LXI), p. 243. Il dovere di dipendenza, assieme al carattere continuativo e al debito di opera professionale, sarebbero i connotati accolti in una notevole sent. della Giunta provine. ammin. (relaz. avv. BAI) pubblic. il 30 dic. 1914, su ricorso per la ineleggibilità di alcuni consiglieri del Comune di Milano. Lo STEIN, cit., p. 83, esclude i commissionari dal novero degli impiegati, perchè sono lavoratori autonomi; ma anche, aggiungo io, perchè mancano tutti gli altri connotati!

⁴⁾ Cfr. op. cit.; e sopra, in principio di questo paragrafo, n. 247. Anche l'AGNELLI, *Comm.*, n. 64, distingue il rapporto di impiego dalla locazione d'opere. In sostanza l'AGNELLI segue qui quasi letteralmente la definizione del COGLIOLO, attraverso alla definizione del CAVAGNARI, *Guida dei probiviri*, p. 17-18.

⁵⁾ Distinzione importante perchè vi si riconnette parzialmente una diversa disciplina giuridica; alcune leggi si riferiscono agli uni non agli altri. Questo specialmente nel campo dell'impiego e del salariato dipendente dallo Stato, ecc.

vizio », data la profonda divisione del lavoro creata dalla grande industria, non si verifica affatto per l'operaio. Manca tuttavia il vero criterio differenziale, che è dato dalla natura della prestazione di lavoro.

E questo è il punto più importante, ma anche il più difficile, che mi fa capire le perplessità della Commissione legislativa che ha esaminato il progetto Luzzatti, circa la possibilità e opportunità di una definizione legislativa dell'impiegato, rifiutata nella proposta di legge, e ammessa, non come definizione, ma come indicazione dei connotati normalmente più frequenti, nell'art. 1 del testo riveduto dalla Commissione ¹⁾. In genere si ritiene che l'impiegato sia adibito a funzioni più elevate, superiori per valore economico e per dignità sociale a quelle degli operai ²⁾; gli operai sarebbero dunque lavoratori manuali, e gli impiegati prevalentemente intellettuali ³⁾. Da qualcuno si è preteso di poter ulteriormente specificare questa prevalente intellettualità nelle mansioni di rappresentanza, quindi nei rapporti con terzi ⁴⁾. Affine, ma non identico, sarebbe il criterio differenziale tra salariati e impiegati pubblici: a questi sono delegate funzioni pubbliche, che i più fanno rientrare nella rappresentanza, o nel mandato, partendo dal concetto di una non contrattualità della loro fonte ⁵⁾.

Ora, la critica a questa opinione non è difficile: vi sono operai dalle mansioni delicatissime, e in cui senza dubbio prevale l'intellettualità; e d'altro canto impiegati, nelle cui funzioni ben poco si saprebbe trovare di intellettuale (es. uno scrivano, una dattilografa; le cosiddette mansioni d'ordine). Peggio poi quanto alla ulteriore deformazione del concetto di impiegato, in cui si voglia vedere solo un rappresentante, limitazione in urto con la più elementare pratica della vita.

In realtà, senza la pretesa di dare un indice che risolva proprio in modo esauriente qualunque caso controvertibile, ognuno intuisce che operaio è chi attende all'esecuzione del lavoro concepito come uno dei fattori di produzione maneggiati dall'imprenditore. Ma abbiamo visto che accanto a questo vi è un altro lavoro: quello di organizzazione dei vari fattori; questa è attività personale dell'imprenditore. Da questo punto di vista io credo consigliabile il criterio ⁶⁾ cui è stato ricorso

¹⁾ È a questo punto che la commissione elaboratrice del progetto della *Société des études législat.*, ha concluso col rimettersi alla giurisprudenza. Cfr. PERRÉAT, in *Bulletin de la Société*, ecc., 1907, p. 50.

²⁾ Così ad es. ROSIN, *Arbeiterversicherung*, II, p. 111; PIC, *Traité élém.*

³⁾ CAGLI, nel *Contratto di lavoro*, 1905, 373.

⁴⁾ STEIN, op. cit., p. 92.

⁵⁾ Cfr. FAGIOLARI e PRESUTTI, *Trattato*, III, p. 11 sg., e p. 9, nota 4 quanto alla delega di pubbliche funzioni.

⁶⁾ Però già il COGNETTI DE MARTIIS, in *Bibl. Econ.*, V, 2, p. XLV, avvicinava l'impiegato all'imprenditore, staccandolo dall'operaio; lo fondeva coll'imprenditore:

per la determinazione della figura dell'impiegato nel noto progetto di legge, a quanto si deduce anche dalla Relazione Orlando: « ... Il contratto di impiego tende ad integrare quell'opera *personale* dell'assuntore dell'azienda, opera cui egli non può *personalmente* attendere, appunto per la moltitudine delle occupazioni sue ». Invece « in rapporto alla mano d'opera... si esclude che il lavoro dell'operaio si sostituisca ad una attività propriamente spettante all'industriale ». Ed è esatissima l'osservazione dell'on. Orlando, per cui le due funzioni sono differenti: l'uno, il lavoro elaboratore, è uno dei fattori di produzione di cui l'imprenditore si giova, e di cui si può dire, come sopra ho già rilevato, ma solo entro certi limiti, che l'operaio che lo attua si fonde, agli occhi dei terzi, coll'imprenditore: ciò è vero solo in quanto si concepisca l'impresa nella sua sintesi come unità, cioè nei rapporti esterni. Non è vero se lo si indaga nella sua composizione interna, cioè se se ne scompongono gli elementi, e si isola il rapporto tra operaio e industriale, che ci appare nella sua complessità, nella divergenza di interessi che lo anima, nella sua eterogeneità, insomma. Qui troviamo un lavoro che l'industriale dirige, ma alla cui attuazione è estraneo, come è estraneo al capitale che esso maneggia ma che altri gli fornisce. Invece rientra nelle funzioni dell'impiegato il lavoro del segretario, del commesso che vende ¹⁾, del direttore nello stabilimento, della dattilografa in quelle mansioni di coordinamento e di spaccio che appartengono tipicamente all'imprenditore, e sono da lui attuate in persona « se ed in quanto ne abbia la materiale possibilità » ²⁾.

Da ciò l'indice, che faccio mio, della « collaborazione dell'azienda » proposto nell'art. 1 del progetto (sia quanto a mansioni di concetto come di ordine) » in antitesi con quella che il progetto chiama « prestazione di mano d'opera », seguendo una terminologia invalsa nell'uso pratico. Posto quell'indice è chiaro che non importa più differenziare secondo la prevalente materialità o intellettualità, o, se si vuole, se-

esso lavora alla gestione dell'impresa, e nel suo lavoro si frange e rifrange il lavoro coordinatore e regolatore dell'impresa. Con ciò si negano agli impiegati qualità caratteristiche proprie e autonome; le classi lavoratrici tipiche sarebbero gli imprenditori, e gli operai.

¹⁾ Rientrano dunque in questa categoria tipicamente i cosiddetti « agenti ausiliari del commercio »: ausiliari! Ad essi non sono affidate mansioni cui sia congiunta una responsabilità e un'autonomia elevata, sempre nei limiti della subordinazione (ROSIN, cit., 2, pag. 110). Naturalmente alludiamo solo agli agenti dipendenti (istitutori, commessi di negozio e viaggiatori). Cfr. LOTMAR, op. cit., I, p. 290.

²⁾ I capi-tecnici non sarebbero dunque compresi nel progetto di legge proposto se non in quanto abbiano le mansioni direttive e di sorveglianza che rientrano nell'attività organizzatrice; non in quanto siano se non capi-operai, operai essi pure. Un dubbio in proposito era nato in seno al Consiglio del lavoro nella seduta preliminare del 29 novembre 1912 per l'esame del progetto di legge.

condo il grado maggiore o minore di intellettualità, come secondo il primo criterio sopra rifiutato ¹⁾).

Questo concetto circa la natura differenziale delle mansioni affidate all'impiegato — concetto che si può riassumere come collaborazione nell'amministrazione dell'azienda ²⁾ — reagisce sulla struttura del rapporto: ad es. in quanto concerne la delicata posizione in cui l'impiegato, cui sono delegate funzioni attinenti all'organizzazione personale dell'impresa, viene a trovarsi di fronte al creditore del lavoro. È connaturato a questo rapporto un intimo elemento di fiduciarietà che tutto lo pervade ³⁾, obbligando l'impiegato a un generale dovere di fedeltà, che può anche protendersi oltre i limiti del contratto in forma di divieto di concorrenza ⁴⁾. Veramente queste non sono conseguenze giuridiche tipiche del contratto di impiego. Infatti si possono concepire anche per il lavoratore industriale che abbia occasione di conoscere, se non come l'impiegato, i segreti dell'organizzazione industriale o commerciale, i segreti del lavoro fatto nello stabilimento.

Anche circa altre conseguenze di quella natura differenziale si può osservare che non sono tutte tipiche: per es. fu asserito che a differenza degli operai gli impiegati godono una pensione, hanno un onorario annuo fisso, e non possono essere revocati ogni giorno, cioè il loro lavoro è assicurato. Prescindendo da quest'ultima conseguenza, che si fonde con la continuità del lavoro di cui s'è già visto, certo la prima va estendendosi anche agli operai; e la seconda è vera e si riconnette alla maggior continuità del rapporto di impiego in confronto a quello degli operai; al ceto sociale più elevato ⁵⁾ a cui talune categorie di impiegati appartengono, e che permette il pagamento della mercede a rate più lunghe (ogni mese, normalmente) ⁶⁾. Ag-

¹⁾ Ad ogni modo richiamo ancora l'attenzione sulla difficoltà grande di una definizione esatta, a cui si devono sostituire più che altro i connotati più frequenti e tipici. Tra questi non saprei collocare, come propone il COGLIOLO, op. cit., p. 518, nè il divieto di dare ad altri l'opera propria (che non è tipico del contratto di impiego, ma del concetto di « servizio »); e neppure lo scopo di carriera ascendente: promozioni, sessenni, ecc. Qui probabilmente il COGLIOLO ha generalizzato un fatto che è, sì, quasi costante; ma che non è un criterio tipico dell'impiego, anzitutto in quanto si verifica anche per l'operaio (categorie, e passaggi dall'una all'altra); poi anche perchè può mancare realmente per il contratto di impiego.

²⁾ Così il LEVY, *Mouvement socialiste*, 1911, p. 187: l'impiegato è una persona addetta permanentemente a un servizio di amministrazione pubblica o privata. Col criterio accolto nel testo io non annovererei tra gli impiegati gli artisti lirici, per cui vale quello che si è visto sopra per gli addetti al lavoro, come fattore dell'impresa. Contro, a torto, cfr. la legge francese sui *Conseils des prudhommes*.

³⁾ CROMB, *System*, II, 2, p. 644.

⁴⁾ Sul quale rinvio al vol. seguente. Cfr. intanto sopra, p. 683.

⁵⁾ SCHMOLLER, *Princip.*, IV, p. 15.

⁶⁾ Le classi medie (CHRESSA, in *Riv. it. di sociol.*, 1911, 62 sg.) si ritiene ab-

giungo qui come a ciò, oltre alla maggior difficoltà per l'impiegato di trovarsi un altro posto, si ricolleghino i termini più lunghi di disdetta, in confronto agli operai.

Piuttosto debbo rilevare come le leggi sociali protettive del lavoro abbiano poco curato in genere il rapporto di impiego; mentre hanno tutelato il lavoro degli operai. Le ragioni di ciò sono varie. Anzitutto, non essendo lavoro di fabbrica, qui non si verificano i rischi che troviamo nel lavoro di fabbrica; il che veramente non toglie che un intervento per disciplinare certi lati in ispecie dell'igiene sia stato altrove ritenuto opportuno ¹⁾, e non esclude che sotto questo lato alcune categorie di impiegati stiano peggio di certe classi di operai ²⁾. Certo l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni non riguarda che gli operai, non gli impiegati ³⁾; viceversa la legge sul riposo settimanale concerne tutte le persone « comunque occupate nelle aziende ... »; quindi anche gli impiegati (art. 1, legge 7 luglio 1907); la legge sui probiviri non concerne che gli operai ⁴⁾.

In secondo luogo va ricordata la difficoltà di una salda e vigorosa organizzazione sindacale: per varie cause, tra cui la maggior elevezza di lavoro per alcune categorie di impiegati e la dispersione degli impiegati, che ne indebolisce la coesione ⁵⁾.

256. La prestazione di lavoro intellettuale, quale troviamo nelle cosiddette professioni liberali ⁶⁾, nel contratto di lavoro giornalistico,

bianco maggior indipendenza economica degli operai. È per ciò che il CHESSE nega agli impiegati la qualità di salariati. V. SCARSELLI, in *Giorn. d. Econ.*, 1909, 589. Non nego, tuttavia, che la più gran parte dei piccoli impiegati sia un po' vittima di questo pregiudizio teoretico, eccessivamente generalizzatore. Il progetto di legge sugli impiegati li divide, a ragione, in tre categorie (art. 3), quanto al termine di disdetta.

¹⁾ Le norme della Cam. commercio di Genova, art. 1, definisce anzi gli impiegati « tutti coloro che prestano l'opera loro in aziende commerciali... a compenso fisso mensile, o che vanno compresi sotto la designazione comune di impiegato ». Evidentemente rimane a vedere... che si intenda per operaio!

²⁾ La legge francese, 11 luglio 1903 sottomette alle disposizioni della legge 12 giugno 1903 circa l'igiene anche i laboratori, i magazzini, le botteghe, uffici, ecc. Altre cautele vedi nella legge francese 30 maggio 1909 (quanto alle impiegate costrette a star tutto il giorno in piedi).

³⁾ SAY, *Protect. légale des travailleurs*, p. 76 sg.

⁴⁾ Per le ferite e malattie contratte dall'impiegato pubblico in occasione del servizio (« a cagione dell'esercizio delle sue funzioni »), provvede l'art. 2 della legge 21 febbraio 1895, pel quale l'impiegato reso inabile ha diritto a essere collocato a riposo e di conseguire la pensione qualunque sia la sua età e la durata dei suoi servizi. Fu giudicato che questo esaurisce ogni responsabilità dello Stato verso i funzionari: App. Torino, 29 gennaio 1912, *Foro it.*, 1912, 1, 1036.

⁵⁾ L'art. 13, prog. legge sugli impieg., istituisce presso ogni Camera di commercio delle Commissioni miste con pari rappresentanza per appianare o decidere le eventuali controversie tra principali e impiegati.

⁶⁾ È espressione usuale, ma poco simpatica ed erronea poi nella concezione

in quello di lavoro scientifico ed artistico, per alludere solo alle manifestazioni più comuni, non è per sè prestazione di lavoro industriale, non tanto perchè è un « servizio » (non arriva a risultati materiali): questo no, perchè la prestazione del vettore è industriale, benchè sia servizio; ma perchè non si esercita, o almeno qui noi lo consideriamo in quanto non si esercita su cose materiali (com'è invece del trasporto ¹).

Abbiam visto sopra che se questo lavoro è compensato da mercede di scambio vi è contratto di lavoro ²). Queste prestazioni tollerano a preferenza la loro assunzione in regime di autonomia (locazione d'opera), per la loro elevatezza ³). Da questo punto di vista possono anche costituire una organizzazione abbastanza ampia; ad es. un'impresa teatrale assunta da un imprenditore-artista, che nella prestazione artistica abbia la parte prevalente, come è il caso per le compagnie liriche dirette dal capo comico-proprietario, che sia il principale attore ⁴); oppure un istituto di educazione, una casa di salute, l'azienda giornalistica ⁵), benchè nella maggior parte dei casi non sia così (in

odierna del lavoro. Quanto alla voce « professione » rinvio alla definizione che ne dà la Corte app. Trani, 1 luglio 1912, *Foro it.*, 1913, 1, 197 (« abitudine di svolgimento di energie intellettive a scopo di produzione economica »); cioè più esattamente di lucro.

¹) Se si intende attività industriale in quel lato senso in cui la intendeva la vecchia *Gewerbeordnung* prussiana, accolto generalmente oggi per la attuale *Gewerbeordnung* che non contiene però la definizione, dovremmo ritenere industria anche quella dell'avvocato o del medico, perchè vi ha: a) scopo di lucro; b) un'attività continua; e c) un'attività lecita. Cfr. BAIL, *D. Rechtsverhältn. d. Arbeitnehmer und Arbeitgeber*, cit. (1904), p. 9. In realtà il lavoro elevato delle professioni liberali è escluso; e ciò prova il pericolo delle definizioni. A cui noi, per fortuna, non siamo legati per la limitata importanza giuridica del carattere industriale o no. Noto qui solo come qualche organizzazione di lavoro intellettuale, in quanto produttore di una merce destinata allo spaccio (azienda giornalistica, ad es.), è vera azienda industriale. GALIZIA, *appr. cit.*, p. 27 sg.

²) Cfr. sopra, p. 248, 250.

³) Cfr. sopra, p. 657.

⁴) Indipendentemente dal caso dell'imprenditore-artista, è certo che l'appalto di spettacoli pubblici è una vera e propria *locatio operis*. Il VITA-LEVI, *Dig. it.*, voce *Appalti*, n.º 1, ne fa un contratto innominato *do ut facias*: con quale costruito per la teoria e per la pratica davvero non si capisce. Si dimenticano due cose essenziali: 1.º che a questo contratto innominato si dovranno pur sempre applicare i principi della locazione d'opera (non di opere); sia pure per analogia, ciò non importa più che tanto a chi vive nella pratica, e vede la questione col buon senso giuridico naturale; 2.º che se deviazioni hanno luogo, in confronto agli altri esempi di *locatio operis* (ad esempio costruzione di una casa, di una chiave, ecc.), si spiegheranno colla diversa natura dell'*opus*, che porta per conseguenza un diverso atteggiamento nell'applicazione di principi che sono sempre gli stessi. Cfr. sopra, n. 247.

⁵) Questo sostengo, nonostante l'art. 1 prog. legge sul contr. lavoro giornalistico dicesse: « Il contr. di lavoro giornalistico è regolato dalle norme stabilite

specie quanto alle professioni liberali). Sappiamo che la locazione d'opera è in tali casi disciplinata dalla legge commerciale se ricorre il concetto di impresa intermediaria fra produttori e utenti di lavoro (es. imprese teatrali); o se si riannodano all'azienda di una delle parti che sia commerciante (art. 3-4, Cod. comm.).

Che sussista locazione d'opera quando vi è gestione autonoma tra avvocato o medico, ecc. e il loro cliente, non può cader dubbio ormai, dopo quanto abbiamo diffusamente esposto in proposito: è una locazione d'opera in cui troviamo un risultato, anche se non è assunta come tale ad es. la vittoria della causa, o la guarigione dell'ammalato ¹⁾. Chi è medico o avvocato o ingegnere si riserba piena libertà d'azione nel ricorso incessante che essi fanno alle nozioni apprese, nella direzione della cura della malattia o della causa: magari anche contro volontà del rispettivo cliente, se il seguirlo fosse evidentemente a lui dannoso. L'avvocato è libero nell'interpretazione della legge: il cliente a lui ricorre perchè abbia egli stesso ad usare delle proprie nozioni in favore del cliente; « chi lo sceglie accetta necessariamente cotesta condizione inerente al mandato *ad lites*. Onde il cliente non può obbligare l'avvocato o il procuratore a seguire un sistema di difesa piuttosto che un altro, essendo questi il padrone della lite finchè il mandato gli sia revocato » ²⁾. Come si vede: l'essere o no l'effetto utile delle prestazioni nelle professioni liberali dipendente dalla capacità, dall'abilità del professionista non influisce, come ritiene a torto il Puntschart ³⁾, sulla natura del contratto di lavoro (*locatio operarum*, o *locatio operis*); ma solamente sulla natura dell'*opus* per la locazione d'opera. Ripeto: come potremo conciliare la natura della locazione di opere col fatto che l'avvocato è direttore ed arbitro supremo (in rapporto col cliente) circa il modo di condurre

dal codice civile per la locazione di opere... ». Così nel progetto modificato dalla Commissione nominata dalla Associazione della stampa periodica italiana.

¹⁾ Cfr. sopra, p. 604. Nel Codice messicano (e questo è diritto comune anche per noi) l'onorario è dovuto anche in caso di insuccesso. RAOUL DE LA GRASSERIE, *Code mexic.*, p. 172. L'aver frainteso che la « cura dell'ammalato » è *opus* già per sè stesso come abbiamo, l. cit., cercato di chiarire, ha fatto ritenere erroneamente allo HELLWIG, *Die Stellung d. Aerztes*, cit., p. 17, che tra medico e cliente non sussista mai locazione d'opera. Ma come si giustifica con questa la successiva asserzione dello H. che (p. 21) il medico è lavoratore autonomo? Che il paziente deve obbedirgli (salvo quanto concerne un eventuale intervento chirurgico)? L'errore dello H. è abbastanza comune: cfr. FLUGGE, *D. Rechtsverh. d. Aerztes* (1904), p. 75; HEFKE, *Arch. für pr. R. W.*, XIV, 47 sg. Esattamente invece LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, II, p. 878. Dubbio poi non vi dovrebbe essere quando il medico non mira che a un accertamento (consulto, certificati, ecc.).

²⁾ App. Bologna, 18 marzo 1888, *Foro*, 1888, I, 589.

³⁾ *Die fundam. Rechtsverhältn.*, cit., p. 428-429.

la causa e la trattazione di essa? Che sua è la gestione del lavoro? L'avvocato non rappresenta un complesso di forze, di energie di lavoro di cui il cliente disponga a suo talento e che egli guidi, così come è per l'operaio giornaliero, ecc. Sappiamo anche che non è un ostacolo il fatto che l'onorario sia proporzionato al numero e alla quantità delle prestazioni: questa è sempre in realtà una mercede a cottimo, non una mercede a tempo ¹⁾. Contratto di locazione d'opera dunque: e neppure un tipo a sè autonomo, perchè specialmente disciplinato dalla legge, come già sappiamo.

Il lavoro intellettuale di queste categorie può anche essere assunto in regime di subordinazione (locazione di opere). Questo è normale per talune forme di queste prestazioni: ad es. pel lavoro artistico dei cantanti e dei suonatori d'orchestra, quando non si presentino individualmente o comunque con autonoma gestione di lavoro; pel lavoro giornalistico, quanto a ciò che concerne il direttore e i collaboratori ordinari, o redattori. Tanto questo come i collaboratori che fanno parte del personale tecnico-amministrativo « trovansi stretti all'azienda da un rapporto contrattuale continuativo di locazione d'opere » ²⁾. Ma accade anche per le prestazioni normalmente assunte in regime autonomo come professione liberale, quando sia il medico alla dipendenza di un ospedale o dal Comune; l'avvocato che fa parte di un ufficio di consulenza legale in una società ferroviaria; l'ingegnere che fa parte del genio civile, ecc. Si capisce che, dato il genere elevato di lavoro, la subordinazione tollera un grado più o meno notevole di espansione autonoma del lavoro individuale; ma, quello che importa, la gestione del lavoro coi suoi rischi non è accentrata nel lavoratore ³⁾. Ciò ha una speciale importanza proprio in questi casi di lavoro tecnico, in cui chi lo produce è, entro certi limiti, signore.

Da questo punto di vista debbo qui rilevare il « contratto di lavoro teatrale », che rientra come rapporto interno nell'impresa di spettacoli teatrali ⁴⁾ in cui il rapporto esterno è costituito dal « contratto

¹⁾ Cfr. sopra, p. 735 sg.

²⁾ Così esattamente il GALIZIA, *L'azienda giornalistica*, p. 84. E cfr. infatti l'articolo 1 del progetto sopra riportato sul contr. lavoro giornalistico. È certo vera pure l'osservazione di questo scrittore: che per i collaboratori di quest'ultima categoria il rapporto giuridico non ha un'impronta propria così come è per gli altri (redattore, direttore), su cui influisce la natura peculiare del lavoro e dell'azienda cui è addeita.

³⁾ Cfr. sopra, p. 635, in ispecie a nota 2.

⁴⁾ Non mi sembra giusto negare che questi rapporti non rientrino nell'organizzazione dell'impresario, che quindi questi artisti non siano, se assunti stabilmente (non è frequente), addetti a questa azienda teatrale. Così ROSIN, *Arbeiterversicherung*, I, p. 146. E così l'opinione comune in Germania (es. ancora STADTHAGEN, cit. p. 72; BEIL, op. e l. cit.), che ritiene lavoratori dell'imprenditore, e lavoratori

di spettacolo teatrale » tra il terzo utente e l'impresario ¹⁾). Nessun dubbio che il contratto di lavoro teatrale tra impresario e artisti, ecc. sia locazione d'opere. Quel che importa è che la gestione del lavoro qui è assunta dall'imprenditore: che all'artista sia riservata una certa autonomia nella esplicazione della propria arte non è, sappiamo, affatto incompatibile colla sua natura di lavoro subordinato ²⁾); è un caso in

industriali, solo il basso personale: comparse, attrezziisti, tramagnini; o i macchinisti, ecc. (in cui vi è elaborazione di materia prima). È una distinzione che non si giustifica se non al lume delle speciali esigenze della *Gewerbeordnung* tedesca. E non è un'attività industriale, così, quella dell'imprenditore, come per conseguenza, quella degli artisti: salvo che, come sopra avvertimmo, per tale si intenda qualunque attività continua a scopo di lucro. Contro BEIL, op. cit., p. 22.

¹⁾ Tribun. Roma, 13 gen. 1911, *Contr. di lar.*, 1911, 161. Cfr. sopra, p. 654. Ricordo qui una curiosa teoria del COSACK, *Lehrb.*, § 147, per cui se si è stipulato, per tema di un cattivo esito dipendente dalla salute dell'attore, che questi dovrà assumere una data parte, in tal caso vi è locazione d'opera. Contro, a ragione, RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, cit., p. 12. Per la locazione d'opere ENDEMANN, *Handbuch*, II, 376.

²⁾ Non si può dunque asserire che quel contratto sia sempre una locazione di opera, col RIVOLTA, *Storia e sistema del diritto dei teatri*, Bologna, 1886, pag. 343, col BRINZ, *Pand.*, II, 725, col DANKWARDT, op. cit., p. 363, e più recentemente coll'OPET, *Archiv für die civ. Praxis*, LXXXVI, p. 156 e seg. L'artista da teatro, scrive l'OPET, non ha lavori, non *operae* da prestare, tali che solo la volontà del creditore di esse le reude utilizzabili per lo scopo cui sono destinate; ma un'attività mirante a un *opus*: la creazione di una parte artistica; questa attività è indipendente; l'artista ha propri criteri, propri indirizzi; l'interpretazione è sua, il metodo è suo. Che il direttore nelle prove debba avere un criterio della capacità dell'artista e debba quindi provarlo a parte, non gli dà una direzione artistica, ma solo è una disposizione richiesta per l'interesse della « messa in scena » dell'assieme. Oltre quanto già è stato accennato in proposito (p. 683-684) osservo qui che l'OPET generalizza quello che è vero per alcuni, voglio anche ammettere per la maggior parte de' contratti di questo genere. E si dimentica che in fatto non è sempre così. Si hanno talora casi di artisti di canto dotati di buona voce e buon metodo (sono le *operae*, è il lavoro da sè non utilizzabile) ingaggiati non per una determinata opera, ma come tenori buffi, ad esempio, o primi soprani leggeri, e sottomessi interamente a' criteri artistici e all'interpretazione propria del direttore artistico in ogni parte che, ne' limiti contrattualmente designati, venga all'artista imposta. Qui è anche più chiaro che siamo in presenza di una vera locazione di opere. Aggiungo per ultimo che ciò è anche più chiaro quando l'artista (com'è nelle scritture a tempo) sia remunerato con mercede a tempo (quartali), sistema che vedemmo incompatibile colla locazione d'opera (cfr. sopra, p. 735). Invece la teoria della locazione d'opera è esatta quando la gestione del lavoro cada sull'artista: es. un tenore che dà un concerto di beneficenza (il LOTMAR, cit. II, p. 904, nota 1, distingue esattamente i due casi, sia pure dal punto di vista del Cod. civ. tedesco); oppure un conferenziere, in altro campo, che parla per invito di una associazione di cultura. Questa teoria, a quanto pare, è prevalente nella giurisprudenza francese (a quanto riferisce il MARTINI, *La nation jurid.* ecc., cit., p. 82 sg.); la ragione fondamentale è sempre che gli artisti si impegnano per l'esercizio della loro arte, quindi non vi è subordinazione. Contro, a ragione, il MARTINI, cit., p. 87. Cfr. in generale ADENIS G., *Droit theatral*.

cui tra creditore e debitore del lavoro si può dare una vera collaborazione, che può giungere sino a estrinsecarsi in una necessaria adesione dell'artista, ad es., al programma artistico che deve essere eseguito ¹⁾. Questo contratto di lavoro teatrale in genere, specialmente per il lavoro artistico, riceve un'impronta speciale dalle caratteristiche di un lavoro di questo genere ²⁾, e, soprattutto, di un lavoro destinato a terzi (spettatori) il cui favore può essere normalmente insinuato come uno degli elementi a cui il rapporto è subordinato ³⁾. Da questo contratto è differente quello tra l'artista e l'agenzia in virtù del quale questa si assume di stipulare contratti in rappresentanza dell'artista, o di preparargli la stipulazione di contratti di lavoro teatrale. L'agente qui è un intermediario; questo rapporto non ci interessa per ora.

¹⁾ Ciò non sempre. E qui si rivela l'intensità maggiore o minore nel grado di subordinazione. In genere questo assenso non sarà necessario laddove, per la molteplicità degli artisti, non sarebbe concepibile; si ammetterà se è artista cui sia affidata la direzione dell'azione complessiva (es. un direttore d'orchestra). App. Milano, 12 maggio 1909, *Mon. Trib.*, 1909, 970.

²⁾ Ad es., l'artista ha probabilmente diritto, oltrechè obbligo di prestare il proprio lavoro (cfr. mie *Istituzioni*, p. 300). E vi è pure la questione se l'artista deve o no prestarsi alle prove senz'altro compenso. Certe clausole non sono tipiche di questo contratto: così la stipulazione del cosidd. patto di esclusività (cfr. Tribunale Roma, cit., e sopra, p. 683).

³⁾ Subordinazione superflua, se l'artista sia di fama notoria. È questione su cui torneremo nel II volume. Invece del debutto o dei tre debutti favorevoli può, talora, bastare l'approvazione della Direzione artistica del teatro; ma il principio è sempre quello. E non è che applicazione di quel più generale principio che si estrinseca nel « periodo di prova ».

INDICE ALFABETICO-ANALITICO

DEL VOLUME PRIMO

- Accessione. V. Edificio.
 Accumulatore. V. Energia Elettrica.
 Adetto. Significato della parola —. 648, nota 5.
 Adesione (contratto di), volontarietà e contrattualità, 312, 357.
 Adozione. Contrattualità dell'—, 355. - Se la persona dell'adottato sia oggetto del contratto, 552, nota 2.
 Affare. Se la parola — alluda a un affare giuridico, 269. - Se la gestione di un — sia lavoro subordinato o autonomo, 658, nota 2.
 Affitto. Differenze economico-giuridiche tra affitto e colonia, 216. - La *remissio mercedis*, 218. - Affitto con *pars quota*, 219.
 Agente. Agente e impiegato, 344. - Gli agenti ausiliari del commercio, e la loro figura giuridica, 817, nota 1.
 Agrario (contratto di lavoro). V. Agricoltura. Caratteri del —, 805, 808. - Non è sottoposto alla legge commerciale, 806. - Se sia tutelato dalla legislazione sociale, 807.
 Agricoltura. Se l'— rientri nell'industria, 771. - Il lavoro nell'— e l'operaio, 780. - V. Agrario (contratto di lavoro). - Le forme associative nel lavoro agrario, 214, 229, 805.
 Albergo. Il contratto d'—, e sua natura giuridica, 569.
 Alea. L'aleatorietà nel contratto di lavoro, 167.
 Alimentare (debito). Natura del —, 154. - Se sia tale la mercede, 156. - E l'indennità per infortunio, 160. - E l'assegno alla famiglia dell'impiegato sospeso, 161.
 Allievo. Natura del contratto tra — e maestro, 657.
 Alloggio. Mercede parzialmente in forma di —, 566. - Applicabilità dell'azione di sfratto, 566. - Quando il godimento dell'— sia mercede, quando l'elemento fisionomico del contratto, 579.
 Alunnato. L'— e il tirocinio, 801, nota 3.
 Ambiente di lavoro. V. Locazione d'opera.
 Appalto. V. Lavori pubblici. - Esazione. - Pubblico (diritto). - Impresa.
 Appalto di lavori pubblici. Se sia di diritto pubblico, 340. - Insequestrabilità del compenso dovuto all'imprenditore, 156, 385. - La vigilanza sull'assuntore di — a mezzo del genio civile, 671. - Se da questo punto di vista la disciplina dell'— sia diritto singolare, 674.
 Apprendista. V. Tirocinio.
 Arbitro. Natura giuridica dell'arbitrato nel diritto processuale, 345.
 Architetto. Sue mansioni di controllo, 668. - Rapporto col cliente, 687, nota 3.
 Arruolamento (contratto di). V. Marinai.
 Arte e lavoro, 32.
 Artigianato. Utilità diretta del lavoro per il creditore del lavoro, 58. - Maggior frequenza qui del contratto di lavoro, 501, nota 1. - L'— non è tutelato dalle leggi sociali, 617. - Diminuzione dell'— col macchinismo, 636. - L'artigiano è imprenditore, 646. - Il lavoro autonomo dell'—, 660, 786. - Norme del cod. civ. riguardanti l'—, 776. - L'artigiano è più spesso debitore di lavoro che venditore, 786, nota 1. - Se l'artigiano faccia atto di commercio, 790, nota 3, 793. - L'— e il tirocinio, 799.
 Artista di canto in relazione con società produttrice di fonografi, 192, nota 1. - Natura autonoma o subordinata del lavoro dell'—, 684, nota 3.
 Aspettativa. Collocamento in —, 386.
 Assenze. Le — dal lavoro dell'operaio cottimista, 716, nota 2.
 Assicurazione (contro i danni di una casa). Se sia alla — analogicamente estensibile la disciplina dell'assicurazione contro gli infortuni, 479.

- Assicurazione (contro gli infortuni). V. Infortuni.
- Assistenza. V. Patronato.
- Associazione. Il contratto di lavoro concepito come associazione, 68. - Specialmente nella teoria dello Chatelain, 71. - L'odierno assetto economico-giuridico della produzione imperniata sullo scambio, non sull'associazione, 83. - L'— come forma di onerosità, 166. - Associazione e scambio, 170. - Contratto e atto complesso, 172, 363. - Società e contratto bilaterale, 173. - Lo scambio concepito come associazione nel contratto di lavoro, 176. - Teoria dello Chatelain. V. Chatelain. - Contratti e struttura associativa imperfetta, 204. - Rilievo qui dell'interesse egoistico, 205. - Carattere transitorio di questo tipo di rapporto, 206. - Inconciliabilità di questo tipo col contratto di lavoro, 209. - Riprova di ciò nella pratica, 226. - Vera società se il lavoro è autonomo, 227. - Se nel dubbio si debba ammettere — o contratto di lavoro, 243. - I contratti di lavoro a struttura associativa e le leggi sociali del lavoro, 241.
- Associazione libraria (contratto di). Natura del —, 534.
- Attitudine di lavoro. In che limiti rientri nell'ossatura del contratto di lavoro, 102.
- Atto complesso. L'— e il contratto, 172. - Carattere dell'—, 363.
- Autocrazia. L'— nelle officine. V. Impresa, disciplina. - Controlli e limitazione all'—, 702.
- Autonomia. Del lavoratore nella locazione d'opera, 643. V. lavoro autonomo e subordinato, Impresa. - Autonomia giuridica e — economica, 648. - Indici del lavoro autonomo, 656. - Limitazioni all'—, 664. - Limitazioni della sopportazione del rischio, 665. - Controllo del lavoro autonomo. V. Controllo. - Tendenza all'— di certi servizi prima incorporati nelle imprese, 705, nota 4. V. Lavoro autonomo subordinato.
- Avvocato. Natura del contratto col cliente, 184. - *Quid* se assume la vittoria del cliente, 186, 254. - L'avvocatura non è pura *ars liberalis*, 253. V. Opere liberali. - Praticante presso un —, 299, nota 3. - L'avvocato come lavoratore autonomo, 821, o subordinato, 822. V. Opere liberali.
- Azioni (del lavoro), 197. Se conferiscano la veste di debitore del lavoro per contratto di lavoro, 198. - Valore pratico delle —, 199, 201.
- Bracciantato. Il — e la colonia, 231. - Le lotte in Romagna tra mezzadri e braccianti, 233. - Mercede in alloggio, o godimento di un pezzo di terra, 581.
- Caccia. Se la — sia industria, 770.
- Cameriere. Natura del contratto col cameriere pagato solo colle mancie, 427. - Si rifiuta qui la teoria del contratto di lavoro, 429. - La teoria del Lotmar dell'occasione di guadagno, 429. - Caso in cui la mancia integri la mercede, 434. - Principi che governano questi contratti, 436.
- Capacità di lavoro. Suoi aspetti, 103. - Non è una ricchezza, 452, nota 2. - Conseguenza circa la capacità di lavoro del fallito, 480.
- Capitale e lavoro (conflitti tra). I — e le forme associative del lavoro, 234. - I — e la subordinazione, 701. - Importanza per i — della proporzionalità della mercede al lavoro, 710.
- Capo-cottimista. V. Cottimo collettivo.
- Capo-tecnico. Sua figura giuridica, 817, nota 2.
- Carrettiere. Come piccolo imprenditore, 682, nota 2.
- Casse di soccorso. V. Patronato.
- Cassa nazionale di previdenza, 50, 126. V. Invalidità e vecchiaia. - Se la — tuteli anche il lavoro autonomo, 619.
- Cassette forti (contratto di abbonamento alle). Natura giuridica del —, 576.
- Categorie. La designazione delle — dei lavoratori nel regolamento di fabbrica, 360. - Le — e la grande industria, 775.
- Cava (impresa di). Rapporti tra un'— e gli operai cottimisti, 649, nota 1.
- Chatelain. Teoria dello — circa la natura del contratto di lavoro, 69. - Risultati pratici di questa teoria, 80. - Concezione del contratto di lavoro come associazione, 178.
- Chirurgia (operazione), come risultato del contratto tra chirurgo e paziente, 605, nota 3.
- Collaudo. Differenze in proposito tra vendita di cosa futura e contratto di lavoro, 511.

- Collettivo (cottimo). V. Cottimo collettivo.
- Colonia (parziaria). Se è tipo associativo, 171, nota 1. - Proposizione del problema se sia o no locazione, 203. - I soccorsi al colono, 210, nota 5. - Varie teorie sulla natura della mezzadria o colonia, 215. - La colonia e l'affitto, 216. - La — è associazione imperfetta, 220. V. Associazione. - La partecipazione agli utili e la mercede certa, 222. - Subordinazione del colono, 224. - Importanza pratica della —, 229. - Colonia e socialisti, 233. V. Bracciantato.
- Commercializzazione del lavoro. La — proposta dal Guyot, 703. - La — e il cottimo collettivo, 750, nota 2.
- Commercio (atto di). Se il contratto di lavoro sia per sé —, 789. - Se lo sia il contratto di lavoro dell'artigiano, 790, nota 3. - Quando il contratto di lavoro è —, 791. - Quando lo è soggettivamente, 792. - Se quando lo è oggettivamente occorra un limite minimo quantitativo, 793. - Contratti di lavoro che sfuggono al Cod. di commercio, 795.
- Commissionario. Natura del rapporto, 192. - Commissionario di trasporti, 784.
- Commutatività. Nel contratto di lavoro, 167.
- Competenza. Se la — del creditore del lavoro quanto al lavoro ricevuto sia indice di subordinazione, 659.
- Compra-vendita. Improprietà della differenza tra — e contratto di lavoro quanto ai servizi personali, 108. - Il — e il contratto di lavoro. V. Vendita.
- Concordati collettivi di lavoro. Vantaggi dei — quanto all'attenuazione della subordinazione, 703, nota 1.
- Condizione. V. Onerosità.
- Conductor. Giustificazione etimologica della parola —, 608.
- Contraenti. Espressione sintetica per designar le due parti nel contratto di lavoro, 16.
- Contratti misti. Locazione d'opera e vendita, 516. - Locazione di cosa, e locazione di lavoro, 567. - Obbligo di fare contro godimento di una cosa, 579.
- Contratto. V. Scambio, Associazione, Atto complesso. Non è — solo quello obbligatorio, 352. - Il — e l'atto complesso, 172, 303. - Se il — sia ammesso solo per scopi economici individuali, 355. - Il — e l'intervento della legge nel determinarne il contenuto, 355, 359. - Prevalente determinazione del contenuto del — per cura del più forte tra i contraenti, 356. - Il — e l'eguaglianza tra le parti, 358. - L'elemento intenzionale nel —, 522.
- Contratto di diritto pubblico. V. Pubblico (il contratto, ecc.).
- Contratto di aspettativa di lavoro. Crea l'obbligo di tenersi a disposizione per un eventuale futura prestazione di lavoro. Sua natura, 26.
- Contratto di lavoro. V. Lavoro (contratto di). La contrattualità e sua importanza, 311. - La coordinazione tra le parti come presupposto delle contrattualità, 325. - Sua onerosità. V. Onerosità. - Suoi rapporti colla compra-vendita. V. Vendita. - Suoi rapporti colla locazione. V. Locazione.
- Controllo. Come limitazione all'autonomia del lavoratore autonomo, 668. - Esercitato nell'appalto di costruzioni. V. Architetto. - Limiti di questo —, 670.
- Cooperative di produzione. Necessità della disciplina anche nelle —, 631, nota 3. - Le — e la subordinazione, 703.
- Cooperazione. V. Associazione.
- Co-partnership, 200.
- Corrente elettrica. V. Energia elettrica.
- Cosa. Se il concetto giuridico di — si riconnetta all'economia politica, 453. V. Energia elettrica.
- Cosa smarrita. Compenso dovuto al ritrovante, e sua natura, 313.
- Costo di produzione. Dell'uomo, 444, 445, nota 1.
- Cottimo. L'importanza anche pel — della quantità di lavoro, 22, nota 6. La partecipazione suppletiva agli utili ne è un'applicazione, 187. - E così pure la provvigione, 187. - Quando praticamente ha luogo il —, 191. - Il — come promessa di risultato, 599, nota 2. - Limitazione pro al rischio del cottimista, 684. - Il — non è necessariamente lavoro autonomo, 685. - Concetto del —, 706. - Universalità del concetto di —, 707. - Quando vi è —, 709. - Approssimazione nella mercede a —, 711. - Elementi che rientrano nel calcolo del —, 711, nota 3. - Influenza della durata di lavoro nel calcolo della

- mercede a —, 713. - Bilateralità del —, 714. - Calcolo del —, 715. - Accuse e lodi al sistema del —, in confronto al lavoro a tempo, 719, 744. - Condizioni perchè il — sia accetto, 719. - Il rischio nel —, 720, 731. - Ragioni dell'opposizione al —, 721. - Teoria del Lotmar sulla distinzione tra lavoro a tempo e lavoro a —, 722. - Questa distinzione e l'altra tra locazione di opere e di opera, 724. - Coincidenza frequente tra — e locazione d'opera, 726. - Nel dubbio il — è locazione d'opera, 727. - Il — e gli infortuni sul lavoro, 735. - Cottimo a misura, 743. - Il — a prezzo fatto, 744. - Divisibilità e indivisibilità del cottimo, 745.
- Cottimo collettivo. Se la subordinazione al capo cottimista di lavoratori sia indice di autonomia, 662. - Obbligo dell'assicurazione contro gli infortuni, 663, nota 3. - Il — subordinato, e il — autonomo, 747. - Il — subordinato senza intermediazione di un capo cottimista, 748. - Veste del capo-cottimista nel — subordinato, 749, 757, 760, 761. - Il — autonomo è sublocazione, 750. - Inconvenienti dell'interposizione nel — autonomo, 751. - Il — autonomo e l'organizzazione dell'imprenditore a cui il capo cottimista è subordinato, 752. - Il — e le cautele imposte dalla legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli, 754. - Organizzazione interna del —, 755. - Vincolo sociale tra i partecipanti al — autonomo, 756, e al — subordinato, 758. - Responsabilità collettiva per guasti o difetti di lavorazione, 758, nota 2. - Liquidazione dei salari, 759. - Costituzione del —, 760. - Composizione del —, 761. - Modificazioni pratiche dei due tipi di —, 762.
- Credito (diritto di). Che cosa sia il contenuto del —, 469. - Il diritto del creditore del lavoro come diritto di credito, 471. - Il contratto di lavoro come creatore di vincolo personale, 474.
- Curatore (del fallimento). La sua nomina non è contrattuale, 364.
- Custodia. Se sia lavoro, 26. - Custodia retribuita, 28. - Analogia tra locazione di cosa e locazione di lavoro, 563. - V. Cassette forti.
- Dazio consumo (appalto del). V. Esazione.
- Deposito. V. Custodia. Se il deposito retribuito sia contratto di lavoro, 291. V. Cassette forti.
- Difetti di lavorazione. Responsabilità per — nel cottimo collettivo, 758, nota 2. V. Rischio, Responsabilità.
- Difficoltà della prestazione di lavoro. V. Rischio. Limitazione del rischio di —, 666.
- Direzione (del lavoro). A chi è affidata nella locazione di opere e di opera, 600. - Portata della —, 621. - Se la — debba essere esercitata personalmente dal contraente cui spetta, 686. - Quando spetti a terzi, 687. - Rapporti tra il contraente cui la — spetta, e le persone incaricate di attuarla, 687, nota 3. - L'onere dell'assicurazione contro gli infortuni dei preposti alla —, 687.
- Disciplinare (potere). Il — e il diritto privato, 384. - Il — nelle fabbriche, 631.
- Discrezionale (potere). Il — e il diritto privato, 388.
- Domestico (contratto di lavoro). Caratteri suoi fondamentali, 808. - Distinzione tra domestico e operaio, 810. - La subordinazione nel rapporto del —, 811. - Il — e la benevolenza, 812. - Conseguenze della domesticità, 813.
- Domicilio (lavoro a). V. Lavoro a domicilio. Lavoratori che si recano nel domicilio del creditore del lavoro, 660, nota 2.
- Domanda ed offerta (legge della). Sua azione nei rapporti tra Stato e pubblici impiegati, 387, nota 4. - Suo impero, e non già della benevolenza, 467, nota 1.
- Donazione. L'assunzione di lavoro gratuito non è —, 280, nota 1. - La donazione modale e il contratto di lavoro, 264.
- Donne e fanciulli (legge sul lavoro delle). Se la — si riferisce al lavoro solo muscolare, 50. - Se tuteli il lavoro gratuito, 308. - A qual tipo di contratto di lavoro sia limitata la —, 619. - Le cautele imposte dalla — e il cottimo collettivo, 754. - L'impiego delle — e la grande industria, 774, nota 2. - La — è inapplicabile al tirocinio puro, 801, nota 2. - È applicabile invece al tirocinio odierno, 802.
- Economisti. V. Patronato.
- Economia. Rapporti tra — e diritto, 447.

- Economia (lavoro in). Concetto, 601.
- Edificio (commissione di costruzione di un). Natura giuridica della — secondo le varie ipotesi, 534. - Obbligo di costruzione di — per uso del committente; se sia locazione di cosa o di lavoro, 582.
- Edizione (contratto di). Se vi sia alienita del lavoro, 85, nota 1. - Natura giuridica del —, specie se l'editore sia pagato da terzi, non dall'autore, 423.
- Effimero (contratto di lavoro), 741, nota 2.
- Emptio rei speratae*. L'—, e il contratto di lavoro, 489. - L'—, e la vendita di cosa futura, 512, nota 1.
- Emptio spei*. L'— e la colonia, 223. - L'— e il contratto di lavoro, 498.
- Energia elettrica (contratto di somministrazione di). Sussunzione del — nella locazione, 548. - Concetto giuridico della energia elettrica, 590. - Natura giuridica del —, 592.
- Energie. V. Lavoro.
- Equivalenza. Funzione di — propria della mercede, 135.
- Esazione (appalto di). Aleatorietà del guadagno dell'esattore, 190, nota 1. - Non è contratto di lavoro, 406. - Non è locazione di cosa, 407, nota 3.
- Estimatorio (contratto). Non è contratto di lavoro, 406.
- Estrattiva (industria). V. Industria.
- Fabbrica. La disciplina nella —, 631. - Il lavoro autonomo di —, 660. - — e la manifattura, 769, nota 5, 775.
- Facchini. I — e l'assicurazione contro gli infortuni, 688, nota 3.
- Fallito. Sua capacità di lavoro, 480.
- Fanciulli (lavoro dei). Se sia lavoro e quando sia gioco, 34, nota 1.
- Fare. Natura delle *faciendi necessitas*. - Volontarietà della prestazione di —. V. Contratto di lavoro. - Volontarietà sua come regola anche nel diritto pubblico, 350.
- Fedeltà. Obbligo dell'impiegato alla —, 385.
- Ferrovia. La gestione ferroviaria dello Stato è di diritto pubblico, 337.
- Fiducia. Se l'elemento della — sia riconnesso al lavoro subordinato, 639. - Aggravante del furto, 641. - La — rispetto al lavoratore, 639. - Fiducia e rispetto al creditore del lavoro, 642. - Influenza del lavoro a tempo sulla —, 746.
- Finanziaria (attività). Appartiene al diritto pubblico, 332.
- Frutto. La mercede come frutto civile, 134.
- Funzionario. Se sia un salariato, 6.
- Garanzia dei lavoratori subordinati sul patrimonio del committente per la mercede ad essi dovuta dall'impresario, 754.
- Giornale. Come la proprietà letteraria dell'articolo inserito nel — possa appartenere al proprietario del giornale, 91. - Se la collaborazione giornalistica possa condurre all'acquisto della proprietà del giornale, 92. - Contratto di pubblicità o reclame, 570. - Il contratto di lavoro giornalistico non ha carattere industriale, 820.
- Giudiziaria (autorità). La dichiarazione dell'— nella sentenza di nomina del perito, liquidatore, ecc. Non è contrattuale, 364.
- Gioco e lavoro, 33.
- Gratificazioni. Se rientrino nel concetto di « mercede », 116. - È una attribuzione a titolo gratuito, che colla ripetizione costante non diventa obbligatoria, 120. - Le — e il caso di lavoro prestato gratuitamente, 324.
- Gratuito (contratto a titolo). Sua pratica importanza, 298. - Non vi è scambio, 353.
- Guasto. V. Difetti.
- Guida alpina. Natura del contratto tra la — e il turista, 658 nota 1.
- Impero. V. Pubblico (diritto) e diritto privato. Atto di impero e di gestione, 365.
- Impiegato. Perchè lo Stato deve curarne il benessere, 131, nota 1. - Se lo stipendio ad essi dovuto sia debito alimentare, 150, nota 2. - Se l'assegno alla famiglia dell'impiegato sospeso sia credito alimentare, 160. - La partecipazione agli utili concessa agli — e la qualità di socio, 194. - Se il rapporto tra l'— pubblico e lo Stato sia di diritto pubblico, 343. - Se la contrattualità vada esclusa per l'— cui è delegato l'esercizio della sovranità, 361, nota 2. - Sostituzione di un —, 741, nota 2. - Caratteri tipici del rapporto di impiego, 814. - Impiegati e operai. criterio differenziale, 816. - Conseguenze del concetto sostanziale di

- sulla struttura giuridica del rapporto, 818.
- Impiegato pubblico.** Se vi sia scambio di lavoro contro mercede, 386.
- Impignorabilità.** V. Pignorabilità.
- Impossibilità.** L'— del risultato di lavoro, 666. V. Rischio.
- Imprenditore.** Sua attività organizzatrice, 624, 646, 687. - Rischi e doveri inerenti a questa attività, 638. - Figura di locatore d'opera propria dell'—, 785. - L'— come intermediario tra domanda e offerta di lavoro, 794.
- Impresa.** Suo concetto per la legge sugli infortuni, 59. - L'impresa del lavoratore autonomo nella locazione d'opera, 644. - Portata economica di questo concetto di —, 646.
- Impresa (contratto di).** Il — secondo il Dauthwardt, 540.
- Incantatrice di serpenti.** Se e quando l'— ha diritto all'assicurazione contro gli infortuni, 637.
- Indennità.** V. Infortuni. La mercede come indennità, 143. - Quando le indennità siano forma supplementare di mercede, 145.
- Industria.** Il lavoro operaio nella grande industria destinato a terzi, 58. - Il concetto dell'—, 768. - Quali branche dell'attività umana vi ricadano, 769. - Se occorra lo scopo di lucro, 769, nota 3. - Significato ristretto dell'— secondo le leggi sociali, 770. - Sulla industria estrattiva, 770. - Se l'agricoltura sia —, 771. - Se lo sia il trasporto, 771.
- Industria (grande).** Frequente disponibilità di prodotti identici già pronti, quindi di una vendita, 501, nota 1. - Natura delle commissioni di lavoro date alla —, 504. - Distinzione tra — e piccola industria, 772. - Effetti della —, 773.
- Industriale (azienda).** Rapporti interni dell'industriale coi lavoratori, 779. V. Operaio. - Rapporti esterni dell'industriale coi terzi committenti, 781. V. Locazione d'opera.
- Informazioni (agenzia di).** Natura del contratto di lavoro con una —, 606, nota 2.
- Infortuni sul lavoro.** Se il testo un. sugli — si riferisca esclusivamente al lavoro prevalentemente muscolare, 49. - Concetto di « impresa », 59. - Se la legge sugli infortuni si riferisce ai lavoratori addetti a pubblici servizi dipendenti da Stato, Provincia o Comune, 97. - Che si intenda per salario, secondo l'art. 13 Regol. del testo unico inf. sul lavoro, 115. - Se vi rientrino le mancie e le gratificazioni, 116. - Se vi rientrino i premi pagati per la pensione del creditore del lavoro, 126. - Se i premi pagati dagli industriali per l'assicurazione contro gli infortuni siano parte della mercede, 126. - Quando le indennità siano calcolate nel salario-base, 147. - Se siano mercede le indennità a carico dell'industriale che non abbia assicurato gli operai, 148. - Se l'indennità per infortunio sia debito alimentare, 160. - Se la legge sugli — tuteli pure il lavoratore associato, 241. - Se tuteli il lavoratore gratuito, 308. - Sull'applicazione analogica alla responsabilità per — delle regole sulla custodia nella locazione di cosa, 563. - Assicurazione del vetturino di carrozza pubblica, 585, nota 1. - La legge sugli — si riferisce solo alla locazione d'opere, 617. - Responsabilità per — tra coniugi, 635, nota 3. - Obbligo dell'assicurazione contro gli — in caso di cottimo collettivo autonomo, 663, nota 3, 753. - L'assicurazione contro gli — e i preposti alla direzione del lavoro, 687. - I facchini e gli —, 688, nota 3. - Il cottimo, e il calcolo del salario-base, 713, nota 3. - Gli — e il cottimista, 735. - La pretesa incostituzionalità dell'art. 10 Regolamento inf. sul lav., 753. - La legge sugli — è inapplicabile al tirocinio puro, 801, nota 2. - È applicabile invece al tirocinio odierno, 802. - Se sia applicabile ai marinai arruolati alla parte, 804.
- Ingegneri.** Pagati per percentuale sul costo delle costruzioni, 193. - Rapporto degli — incaricati della direzione dei lavori coll'incaricante, 687, nota 3.
- Interesse.** L'— del creditore del lavoro alla prestazione di lavoro, 94. - La non patrimonialità dell'— a questa prestazione, 95.
- Intermediario.** V. Cottimo collettivo.
- Invalità e vecchiaia (Legge sulla Cassa nazionale di previdenza per la —).** Se si riferisca solo al lavoro prevalentemente muscolare, 50. - Natura della pensione da essa pagata, 126. - Se la legge tuteli il lavoratore associato, 243.
- Invenzione (industriale).** Se l'— fatta

dal lavoratore gli appartenga, 86. - Come avvenga l'acquisto del diritto di privativa, 89. Insequestrabilità. V. Pignorabilità e sequestrabilità.

Lavoro. In generale, 20. - Sua definizione, 21. - Se il — implichi necessariamente sforzo e movimento, 24. - Il lavoro e la aspettativa di lavoro, 25. - Se il lavoro sia pena, 30. - Come la penosità influisca sulla tutela del lavoro, 36, e nella disciplina giuridica del contratto di lavoro, 37. - Utilità del lavoro per il creditore, 55. - L'utilità per terzi, 58, e il contratto di lavoro a favore di terzi, 60. - Chi sia qui il creditore del lavoro, 65. - Patrimonialità della prestazione di —, 98. - Se il — debba realmente soddisfare il bisogno del creditore del lavoro, 100. - Lavoro per conto altrui concepito con ricorso alla « rappresentanza », 104. - L'impiego di — come onere patrimoniale, 138. - Il — non è merce, 144. - Prestazione di — rispetto allo scopo che con essa si propone il creditore, 183. - L'attuazione di questo scopo non penetra nel contratto di lavoro, 184. - Lavoro industriale. V. Industriale (Lavoro). - Se sia merce, o cosa, 441. - Ragioni che determinano la teoria del — come mercede, 442. - Assurda concezione puramente meccanica del —, 444. - Sua inseparabilità dall'uomo che lo produce, 445, 452. - Teoria del Carnelutti circa la energie, 454. - Se le forze umane si conservano dopo prodotto il lavoro, 456. - Se il — sia un capitale, 456, nota 2. - Il concetto del — come merce *sui generis*, 458. - Obbiezione del lavoro come oggetto di scambio, 460. - Che cosa sia in realtà lo scambio di lavoro contro mercede, 461. - Il — è un atteggiamento dell'uomo, 468. - Lavoro, e risultato di lavoro sussistono in ogni contratto di lavoro, 603. - Loro varia importanza, secondo il tipo di contratto di lavoro, 603. - Misurazione del lavoro, 710.

Lavoro autonomo e subordinato. In tutti e due vi è lavoro, 9. - Locazione di opera. Locazione di opere. Lavoro autonomo e società, 227. - Criterio distintivo tra locazione d'opera e locazione d'opera, 597. - Criterio distintivo consistente nella pro-

messa di attività o di risultato, 598. - Vero criterio distintivo, 600. - Importanza della distinzione tra —, 611. - Teoria del Lotmar, 612. - Sua base romanistica, 613. - Sua universalità, 614. - Indici legislativi del — come criterio distintivo tra locazione d'opere e d'opera, 616. - Difficoltà di applicazione del — come criterio distintivo, 620. V. Autonomia, Subordinazione. - Il criterio intenzionale discrezionale, 676. - Altri criteri esteriori discretivi, 676. - Amalgama di lavoro — nel medesimo rapporto, 677. - Carattere duraturo del lavoro in rapporto al —, 678. - Nel dubbio lavoro autonomo o subordinato? 693. - Necessità della distinzione, 697. - Divisibilità o indivisibilità delle opere, e dell'opera, 745. - Il — e la grande industria, 773.

Lavoro (contratto di). Definizione, 1. - Terminologia, 5. - L'espressione « contratto di lavoro », 8. - *Contrat de travail* e *contrat d'industrie*, 11. - Obbiezione del Planiol all'espressione « contratto di lavoro », 14. - Contratto di lavoro a favore di terzo, 62. - Il contratto di lavoro secondo la teoria dello Chatelain, 69. V. Chatelain. - Il — come scambio. V. Scambio. - E come associazione. V. Associazione. - L'onerosità del —. V. Onerosità. - L'antitesi tra le parti tipica nel —, 182. - Estraneità del — allo scopo cui il creditore vuol far servire la prestazione di lavoro, 188. - Limitatezza dei rischi, 211. - Volontarietà dell'assunzione del lavoro, 312. - Teoria del Merlin, 701. V. Salarato. - Se il — sia per sé atto di commercio, 789. V. Commercio (atto di).

Lavoro (contratto di) a cottimo. V. Cottimo.

Lavoro (contratto di) a tempo. Il lavoratore a tempo deve far confluire al creditore tutta l'utilità del proprio lavoro, 85, nota 2. - Concetto del —, 706. - Quando vi è —, 709. - Approssimazione insita nella mercede a tempo, 711. - Influenza del risultato nel —, 713. - Cautela del creditore del lavoro nel — per garantirsi il massimo rendimento del lavoro, 716. - Il — e il cottimo. V. Cottimo. - Il lavoro a tempo non può essere autonomo, 735. - Casi apparenti di — in cui vi è locazione d'opera, 737. - Determinazione del tempo nel —,

741. - Durata del contratto e l'unità di misura di questa durata, 742. - Il cottimo collettivo e il —, 759, nota 3.
- Lavoro a domicilio. Tutela del —, 11, 617. - Istrumenti di lavoro forniti dal lavoratore, 575. - Al — si riferisce la legge sui proibiviri, non le altre leggi sociali, 618. - Sua natura come lavoro autonomo, 660, 776, 786. - Responsabilità del lavoratore a domicilio, 660. - Attenuazione dei rischi del — proposta in Francia, 686. - Il — e il *sweating system*, 752, nota 1. - Il — e l'artigianato, 776, nota 6. - Il — escludente il contratto di lavoro, 776. - Il — e la legislazione sociale, 777. - Il — e l'intermediario, 777. - Ragione del —, 787.
- Lavoro industriale. V. Industria.
- Lavoro (materiale, intellettuale), 37. - Il — nella storia, 40. - Elevazione odierna del lavoro manuale, 44. - Se sia opportuno disciplinarlo, separatamente in una legge, 45. - Le leggi sociali e il lavoro muscolare, 46. - Il risultato nel lavoro immateriale, 187. - Il — non crea due distinte categorie contrattuali, 258.
- Lavoro (produttivo, improduttivo). Importanza reale giuridicamente di questa distinzione, 105.
- Lavoro qualificato. Importanza giuridica della distinzione tra lavoro qualificato o no, 51.
- Lavoro (prestazione di). In *obbligazione*, perchè sussista contratto di lavoro, 395. - Se quando sia in *condizione*, valgano le norme del contratto di lavoro, 418. - La — è bene patrimoniale solo per chi la riceve, 481. - Luogo della —. V. Luogo.
- Leghe (operaie). V. Sindacati.
- Legislazione sociale. Rapporti della — col diritto comune, 10. - La — e il lavoro penoso, 36. - La — e il lavoro muscolare, 46. - Terminologia delle parti nel contratto di lavoro secondo la —, 610. - Perchè la — non si occupa del lavoro autonomo, 617. - La — e la piccola industria, 775. - La — e l'operaio, 781. - La — e il contratto di impiego, 819.
- Liberali (opere). V. Opere liberali.
- Liquidatore. Se la sua nomina giudiziaria sia contrattuale, 364.
- Liquidazione dei salari nel cottimo collettivo, 759, 762.
- Locator. Giustificazione etimologica della parola —, 608.
- Locazione. L'utilizzazione non presuppone il possesso della fonte delle energie utilizzate, 470. - Pretesa incompatibilità della — col trasferimento di proprietà, 498, nota 2. - Ostilità alla sussunzione del contratto di lavoro nella —, 541. - Obbiezioni a questa sussunzione, 543, 549. - Concetto della locazione come categoria generale di contratti, 544, 554. - La consegna all'utente della cosa locata, 545. - Etimologia di « locazione », 547. - L'uso della persona del lavoratore, 552. - Non restituibilità delle forze lavorative godute dal creditore del lavoro, 556. - Il tipo « locazione » e la legge, 557. - Il tipo locativo nella locazione di opere, 558. - Analogia tra locazione di cosa e locazione di lavoro. - Suoi limiti, 565.
- Locazione d'opera. Qui lo scopo del lavoro si insinua più energicamente, 131. - Le spese come rischio dell'artefice, 142. - L'aleatorietà nella —, 168. 189. - Importanza dell'attività conducente al risultato, 490, nota 3, 560, 604. - Origine storica della *locatio operis*, 493, nota 2, 689, 783. - La — e la vendita di cosa futura. V. Vendita. - Carattere di « locazione » della —, 559. - Analogia storica tra *locatio rei* e —, 559, nota 3. - La — e la vendita, 561, nota 2. - Sulla distinzione della locazione d'opere. V. Lavoro autonomo e subordinato. - Il risultato di lavoro nella —, 604. - Casi in cui il risultato si fonde nella gestione del lavoro, 605. - Terminologia, 607. - La legislazione sociale non si preoccupa della —, 617. - La direzione del lavoro accentrata nella — nel lavoratore. V. Direzione. - L'autonomia del lavoratore nella —. V. Autonomia. - Posto da assegnare alla — in confronto alla locazione d'opere, 688. - Analogia con la locazione d'opere, 690. - Limiti pratici di questa estensibilità analogica, 691. - Se nella — il creditore del lavoro sia tenuto ad apprestare un sano ambiente di lavoro, 692, nota 1. - Se la — possa essere a tempo. V. Lavoro a tempo. - Compenso dovuto anche se il risultato è mancato. V. Rischio. - Se sussista — quando il debitore dell'opera si giova di lavoratori da lui dipendenti, 782, o di lavoratori autonomi, 784.

- Locazione d'opera irregolare. Sua natura giuridica, 493, nota 2, 499, nota 2.
- Locazione d'opere. Come designazione sintetica del contratto di lavoro, 3.
- Derivazione da Pothier, 3. - Non vi è aleatorietà nella —, 168. - E manca il rischio dell'utilità del lavoro, 189. - Suo carattere di « locazione », 558. - Frequente analogia della — colla locazione di cosa, 565.
 - Sulla distinzione dalla locazione d'opera. V. Lavoro autonomo e subordinato. - Importanza del risultato di lavoro nella —, 603. - Terminologia, 607. - La — tutelata dalla legislazione sociale, 616. - La subordinazione del lavoratore nella —. V. Subordinazione. - Il vero elemento tipico della —, 636. - Analogia con la locazione d'opere, 690. - Elasticità dell'odierna —, 696.
- Luogo della prestazione di lavoro. Se e come influisca sul carattere autonomo subordinato del lavoro, 659.
- Macchine. L'aumento delle macchine, e sua influenza sul contratto di lavoro, 490, nota 1. - Macchina superante per valore il lavoro umano, e influenza sul contratto di lavoro, 575. - L'incremento delle — rende più difficile il passaggio del lavoratore al lavoro autonomo, 636. - Carattere cautelare dell'introduzione di macchine perfezionate, 717. - Il cottimo collettivo e il macchinismo, 749, nota 4. - Le — e la grande industria, 772. - Le — e il lavoro umano, 785.
- Maestro. Rapporto tra l'allievo e il —, se sia locazione d'opera, 657, 659. - Il rischio nel contratto con un —, 738, nota 2.
- Malattia del lavoratore. Natura della mercede pagata al lavoratore ammalato, 150. - La — cottimista, 732, nota 5.
- Mandato (civile). Distinzione sua dal contratto di lavoro, 266. - La rappresentanza come criterio differenziale, 267. - Nel contratto di lavoro vi può essere rappresentanza, 276. - Il — limitato agli atti giuridici, 278. - La gratuità come criterio differenziale, 280. - Precedenti storici, 283. - Obbiezioni a questa teoria, 285. - Il mandato compensato di cui all'art. 1739 è contratto di lavoro, 287. - Obbiezione desumibile dall'articolo 1739. - Pratica importanza del — gratuito, 296. - Presunzione di gratuità del lavoro, 300. - Il mandato retribuito come sottocategoria a sè, 302. - Norme del mandato inapplicabili al contratto di lavoro, 305. - Legislazione sociale è lavoro gratuito, 307.
- Mancia. Se rientri nel concetto di mercede, 116. - La — come compenso del lavoro dei camerieri, ecc. V. Cameriere. - Effetto della mancanza di mance sul contratto, 435.
- Mandato (commerciale). Se il — sia contratto di lavoro, 295.
- Manifattura. La — e la fabbrica, 769, nota 5. - La — e la legislazione sociale, 775.
- Marinai. La perdita dei salari in caso di naufragio, ecc., 185, 188. - Il contratto di arruolamento con — pagati con partecipazione ai noli, 193, 803. - Quando praticamente si ha l'arruolamento con partecipazione ai noli e ai profitti, 229. - Se l'arruolamento dei — sia sottoposto alla legge commerciale, 803.
- Materiale (lavoro). Come limite delle espressioni « contr. di salario », ecc., 9.
- Maternità (legge sull'istituzione di una Cassa di). Se si riferisca solo al lavoro prevalentemente muscolare, 50.
- Matrimonio. Se sussista come « contratto », 355. - Se la persona degli sposi sia oggetto di contratto, 552, nota 2.
- Mediazione. Se nel tipo puro sia contratto di lavoro, 408. - Non sussiste nel mediatore l'obbligo di prestare il lavoro, 412. - La sua attività è *in condicione*, 417. - Se alla — si possano estendere le norme del contratto di lavoro, 418. - Inconvenienti della —, 751.
- Medico. *Quid* se la guarigione rientri come risultato del contratto col cliente, 186. - Se questo contratto sia contratto di lavoro, 250. V. Opere liberali. - Prestazione gratuita, 273. - Se l'ammalato è incosciente, 321. - Se si assume di esser pagato solo in caso di guarigione del cliente, 415, nota 2. - Il — lavoratore autonomo, 821, o subordinato, 822.
- Mercede. La — nello scambio di lavoro contro mercede, 109. - Terminologia in materia di —, 111. - Mercede e liberalità, 115. - La — dal punto di vista dei due contraenti, 127. - Se lo scopo cui la mercede è

- destinata penetri nel contratto più dello scopo della mercede, 128. - La — come reddito, 132. - Come prodotto del lavoro dell'uomo, 134. - Come frutto civile, 134. - Funzione ristoratrice della —, 136. - La — come anticipazione à *forfait*, 136. - Come onere o spesa, 137. - Come rimborso di spesa, 138. V. Spesa. - La — come indennità, 143. - Carattere alimentare della —, 153. - Rapporto di onerosità tra — e lavoro. V. Onerosità. - La — come guadagno nei rapporti a struttura associativa, 208. - Mercede e remunerazione o onorario, 247. - Volontarietà dell'obbligo di mercede, 312. - Mercede imposta dalla legge, 313. V. Contratto di lavoro.
- Mercato del lavoro. Portata di questo concetto, 443. - Se sussiste un vero —, 466.
- Mezzadria. V. Colonia.
- Miniere. Il cantiere delle — e la fabbrica, 770, nota 1. V. Industria.
- Monopolio. Il — di fatto e il contratto, 357. - Il — privato nelle tasse, 389.
- Mora. La — del creditore del lavoro, e la mercede da questi dovuta, 150.
- Muratore. Se sia addetto a un'impresa, 648, nota 5. - Il — e l'art. 1646, 727, nota 5.
- Notaio. L'*opus* nella locazione d'opera del — 184, nota 1.
- Notturmo (lavoro). Se la legge sul — si riferisca solo al lavoro muscolare, 50. - A quale contratto di lavoro si limiti la legge sul —, 618.
- Nullità del contratto di lavoro. Importanza asserita in proposito alla teoria dello *Chatelain*, 81.
- Occasione di guadagno. Coma forma di mercede, 429. V. Cameriere.
- Oggetto (della prestazione). Che cosa sia — e dell'obbligazione, 469. - Se il lavoro umano sia —, 469, 471.
- Onerosità. Che cosa sia l'onerosità, 165. - Varie teorie, 165. - Le due manifestazioni fondamentali dell'—, 166. - Onerosità e bilateralità, 309. - Onerosità attuata mediante due negozi autonomi, 314.
- Onerosità (del contratto di lavoro). Vari modi onde la — può attuarsi, 393. - Solo la mercede può essere elemento costitutivo del contratto, 394. - La prestazione di lavoro non può essere in condizione, 395. - Se la mercede sia in condizione, 398.
- V. Promessa al pubblico. - L'— presuppone un onere e un'utilità per ognuno dei contraenti, 419. - *Quid*, se l'onere è, nel contratto, di un terzo, 421. V. Edizione (contratto di), Cameriere. - *Quid*, se l'utilità del lavoro o della mercede sia, nel contratto, destinata a terzi, 437.
- Onorario. Designazione della mercede, 114.
- Operaio. Concetto dell'— nelle leggi sociali, 779. - Se sia — anche il lavoratore agricolo, 780. - L'— e la legislazione sociale, 781. - L'— e il domestico, 810.
- Opere liberali. Loro compensabilità, 56. - Pretesa loro inestimabilità, 136. - Il risultato utile nel contratto stipulato dal medico, avvocato, ecc., 183. - Le — nella storia, 245. - Remunerazione e mercede, 247. - Pretesa non sussumibilità nel contratto di lavoro, 248. - Le — sono locabili, 250. - Il preteso altruismo nelle professioni liberali, 255. - Lavoro industriale e —, 258, nota 1. - Attenuata subordinazione nelle — oggetto di locazione d'opere, 634, 635, nota 2. - Le — non hanno per sé carattere industriale, 820. - Le — e la locazione d'opera, 820, 821.
- Parrucchiere. Rapporti tra — e cliente, 628, nota 2.
- Partecipazione (società in). Rapporto e struttura associativa imperfetta, 205. - Il diritto di controllo dell'associato, 213.
- Partecipazione (agli utili). La partecipazione suppletiva agli utili, 186. - Carattere suo di cottimo, 187. - La partecipazione agli impiegati, e la qualità di socio, 194. - Se la partecipazione suppletiva conferisca diritto di controllare i libri sociali, 196. - Se la partecipazione pura agli utili sia società o contratto di lavoro, 202. V. Colonia. - Confutazione della teoria della locazione, 204. V. Associazione. - Se la partecipazione pura dia diritto di controllo, 212. - Avversione dei lavoratori alla — pura, 234. - Sua cattiva prova in pratica, 239.
- Partecipazione (al capitale), 197. V. Azioni di lavoro.
- Paternalismo. V. Patronato.
- Patria potestà. La — e il contratto di lavoro, 326.

- Patronato. Concetto del —, 626. Critiche, e suo valore sociale, 627.
- Patrimonialità. Pel bisogno del creditore del lavoro non occorre la —, 94. - La — della prestazione di lavoro, 98.
- Pena. Se il lavoro sia pena. V. Lavoro.
- Pensione. Se sia mercede, o pura remunerazione del lavoro quando è pagata dal creditore del lavoro, 125. - Sua natura quando sia pagata da terzi, 126. - I contributi versati in tal caso dall'azienda non rientrano nel salario-base, 126.
- Perito (giudiziario). Se la nomina del — sia contrattuale, 364.
- Pesca. La — e il contratto di arruolamento, 230. - Se la — sia industria, 770.
- Pignorabilità e sequestrabilità degli stipendi (legge sulla —). Se si riferisca al lavoro solo muscolare, 50. - L'impignorabilità e lo scopo soggettivo della mercede, 129. - L'impignorabilità e la natura alimentare della mercede, 162. - Ragione dell'impignorabilità, ecc. 163. - Se il divieto della — comprende i lavoratori associati, 242.
- Plus valore impresso alle cose dall'elaborazione dell'artefice. V. Vendita.
- Porto. V. Facchini. Lo scarico da navi affidate a carovane di facchini, 748.
- Possesso. Se sia essenziale per la « locazione ». V. Locazione. - Il — dell'energia elettrica, 593.
- Possesso (del lavoro). Se sia ammissibile un —, 475. - Il possesso di un posto (come impiego), 476, nota 2.
- Poste. Se la gestione delle — sia di diritto pubblico, 334.
- Premio. Il — come forma supplementare di mercede, 195. V. Infortuni. - Il — e la partecipazione ai profitti, 234. - Il — come mezzo cautelare nei contratti di lavoro a tempo, 717. - Sue forme, 717. - Il — collettivo, 762, nota 4.
- Privilegio. Se il — dei domestici sia estensibile ai salari degli operai, 810.
- Proibiviri. Se la legge sui — presupponga un interesse patrimoniale egoistico nel capo dell'azienda, 97. - Se si estenda ai contratti a struttura associativa, 243. - Se la legge sui — concerne anche la locazione d'opera, 618.
- Procura. Come atto unilaterale, 368, nota 2.
- Professioni liberali. Il lavoro è qui utile pel creditore del lavoro, 58. V. Opere liberali.
- Profitto. Il — e la mercede, 785.
- Progressivo (mercede). V. Premio.
- Promessa al pubblico. Ipotesi di stipulazione di contratto di lavoro mediante automatico, 399. - Ipotesi inversa del preconio, ecc.; manca l'obbligazione di fare, 404.
- Prova (periodo di). Come cautela pel creditore del lavoro, 716.
- Pubblico (il contratto di lavoro nel diritto). Casi di lavoro contro mercede nel diritto pubblico, 327. - Obbiezioni al contratto di diritto pubblico, 346. - Sua ammissibilità, 349. - La teoria dell'atto unilaterale, rispetto a cui la volontà del privato è condizione, 366. - Modernità della teoria contrattualistica, 370. - Se il contratto collo Stato ecc., sia di diritto privato relativamente agli elementi economici, 372. - La costruzione del — e il diritto privato, 378. - Rapporti tra il — e il contratto di lavoro di diritto privato.
- Pubblico (diritto, e — privato). Criterio differenziale, 329. - *Quid* dell'attività finanziaria, 332. - Della gestione postale ecc., 334. - Concessione di servizi o lavori pubblici, 339. - Rapporto tra Stato e impiegati, 343. - L'analogia nei rapporti tra il diritto privato, 374.
- Pubblici (Enti). Se la legge sugli infortuni sia applicabile ai lavoratori dipendenti dallo Stato, Provincia o Comune per servizi pubblici, 97.
- Pubblico (lavoro pel). Come indice di lavoro autonomo, 662. - Importanza data alla distinzione tra — e lavoro non pel pubblico, in ispecie nella dottrina francese, 683, 684.
- Puerpere. V. Maternità (Cassa di).
- Qualità (di una cosa). Natura del diritto sulla —, 453.
- Quasi contratto di lavoro. Se sussista, 317. - Il — e il contratto di lavoro, 318. - Il — e gli art. 1141, 319. - Compensabilità del —, 320. - L'articolo 1144 e il —, 322. - Pretesa contrattualità in caso di ratifica, 323.
- Rappresentanza. Il lavoro per altri concepito con ricorso alla —, 104.
- Recesso unilaterale, — *ad nutum*, 385, nota 5. - Se il recesso unilaterale di cui all'art. 1641 sia applicabile al

- contratto di locazione d'opere, 737, nota 1.
- Reddito. La mercede come reddito, 132.
- Registro (tassa di), nella locazione, 567, 568, nota 1.
- Regolamento (di fabbrica). Loro natura giuridica, 360. - Se l'industriale li possa unilateralmente modificare, 361, nota 1. - Il — e il potere disciplinare, 385, nota 1.
- Religiosa (prestazione), valutabilità a denaro, 99, nota 2. - Se possa esser contenuta in un contratto di lavoro, 261.
- Residenza. L'indennità di —. V. Indennità.
- Responsabilità oggettiva. Esclusa per la locazione di cosa, 567. V. Rischi, Difetti.
- Ricchezza mobile (Imposta di). A carico degli enti e Società da cui dipendono gli impiegati, 133.
- Ricevitore del lotto. Sua veste giuridica, 191, nota 1.
- Riposo settimanale (legge sul). Se tuteli il lavoro gratuito, 308. - E il lavoro autonomo, 619.
- Riposo. La subordinazione e le ore di riposo del lavoratore, 625.
- Risate (Legge sulle). Presuppone lavoro manuale, 50. - Divieto del cottimo collettivo secondo la —, 751, nota 6.
- Rischio del lavoro. Se superiore all'attività umana, non vi è l'obbligo di superarlo, 415, nota 2. Il — del materiale fornito dall'artefice, 517. Il — a carico del creditore delle opere, 638. - Il — come indice di autonomia, 649. - Il rischio del lavoratore subordinato, 650. - L'assunzione del —, 653. - Se il contratto di lavoro sia contratto di —, 653. - Il rischio della difficoltà, 654. - Limitazioni del rischio nel lavoratore autonomo, 665. V. Cottimo. - Il — nel lavoro autonomo consistente in servizi, 738. - Compenso dovuto al lavoratore autonomo malgrado il risultato non sia raggiunto, 666, 739. - Accollo del — dell'impossibilità al creditore del lavoro autonomo, 740.
- Risparmio. Se il — sia lavoro, 28.
- Sacerdozio. Il — e il contratto di lavoro, 260.
- Salario. Come termine generale per denotare la mercede, 113. - Salario reale, 129, nota 1. V. Mercede.
- Salario (contratto di), come designazione sintetica del contratto di lavoro, 5. - Sua portata nell'uso comune, 7. - Il contratto di — e il contratto di lavoro secondo il Duttoit, 685, 1.
- Sarta, che si reca a giornata in casa del creditore del lavoro, 660, nota 2.
- Scala mobile. Se sia partecipazione agli utili, 195, nota 1.
- Scambio. Come forma di onerosità, 166. - Lo scambio concepito come associazione, 175. - Scambio e associazione. V. Associazione. Non sussiste nei contratti a titolo gratuito, 353. V. Lavoro, Onerosità.
- Scalpellini. Natura del rapporto che vincola — lavoratori non nel cantiere della fabbrica, 661.
- Segreto. Obbligo dell'impiegato al —, 385, nota 2.
- Servizio personale. Utilità diretta normalmente pel creditore del lavoro, 60. - Concetto del —, 106. - Se sia un bene, 462, nota 1. - Il — e il servizio, 679, nota 1. V. Rischio.
- Servizio. Concetto della parola, 679. - La parola — nelle leggi, 680. - Caratteri della prestazione di —, 681. - Il — e il lavoro domestico, 809. - Il — e l'impiego, 815.
- Servizio pubblico. Gestione di — per appalto. V. Tramvia.
- Signoria. Se l'industriale abbia una — sulla persona del lavoratore, 472, 622. - La subordinazione nella locazione di opere, 473. V. Subordinazione, Disciplina.
- Sindacati (di lavoratori). Maggior facilità di organizzazione sindacale pel lavoro non qualificato, 53. - Milano a rimbalzare sempre più il rischio sul capitale, 189. - L'autonomia dell'industriale e i —, 237. La forza sindacale reagente a favore del lavoratore nella stipulazione del contratto, 359, XXXII. - I — e la scelta degli operai, 704, 757, nota 1. - I — e la grande industria, 774. - I — e gli apprendisti, 801, nota 3. - I — e i domestici, 813. - I — e gli impiegati, 819.
- Soccorsi al colono. V. Colonia.
- Società. V. Associazione. È contratto oneroso, ma non di scambio, 353, nota 1. - La — tra i partecipanti al cottimo collettivo, 756, e in ispecie al cottimo collettivo subordinato, 758.
- Società commerciale. Veste giuridica del direttore di una —, 621.

- Somministrazione (contratto di). Non è tipo autonomo di contratto, 486. - Natura giuridica del —, 536.
- Sorveglianza. V. Direzione. La — del lavoro a tempo, 717.
- Sostentamento. Come scopo soggettivo della mercede. V. mercede.
- Sostituibilità. Nella persona del debitore o del creditore di lavoro, 640. - Del lavoratore a tempo, o a cottimo, 746.
- Specificazione. L'acquisto di proprietà per — invocata dallo Chatelain per la sua concezione del contratto di lavoro, 72. - La *species nova* non è creata dall'operaio *suo nomine*, 84, in nota. - Il compenso allo specificante come rimborso di spesa, 139, nota 2. - Ostilità al lavoro dovuta alla corrente sabiniana, 495, nota 3.
- Spesa. La mercede come —, 137. - Il lavoro come —, 138. - Distinzione di spesa da mercede, 138. - Se nel rimborso di spese sia compresa la mercede, 140. - Spese del cottimista, 711.
- Spettacolo teatrale (contratto di). Se vi sia contratto di lavoro col pubblico, quando l'impresario sia sussidiato per spettacoli istruttivi, 391. - Prestazione di lavoro contemporaneo al godimento, 593. - Rischio del lavoro a carico dell'impresario di —, 654. V. Teatrale (contratto di lavoro). - Il contratto di abbonamento a un palco per determinato tempo, 737, nota 4.
- Stipendio. In generale, 114. - Se lo stipendio (dei pubblici impiegati) sia retribuzione, 386. - Se il criterio economico che ne determina l'ammontare sia eguale a quello delle private mercedi, 387, nota 4.
- Strumenti (di lavoro). Se, somministrati dal lavoratore, sussista locazione di cosa, 573. - *Quid*, se appartengono al creditore del lavoro, 575. - La somministrazione di — per parte del lavoratore come indice di lavoro autonomo, 662.
- Sublocazione. Nella locazione di cose e di lavoro, 563, nota 3. - Nel lavoro a domicilio, 660. - La — e il cottimo collettivo autonomo, 750.
- Subordinazione. V. Associazione (del debitore di opere). Sua portata, 622, 633, 696. — Sua base contrattuale, 622. - Concetto giuridico della —, 623, nota 1, 698. - Limiti intensivi della —, 624. - La — e le ore di riposo, 625. - Limiti intensivi alla —, 633. - Elasticità e attenuazioni, 634. - La — tra coniugi, 635, nota 3. - La — e l'elemento fiduciario, 639. - Avversione dei lavoratori contro la —, 700. - Attenuazioni della —, 701.
- Sweating system*. V. Lavoro a domicilio.
- Task wage*. Il sistema cautelare del — sul lavoro a tempo, 717.
- Tassa. Se i servizi retribuiti con la — siano scambio di lavoro contro mercede, 387. - Ipotesi in cui non vi è tassa, perchè il prezzo copre il costo di produzione, 389. - Ipotesi di vera tassa, 390. - Se sia scambio governato dalle medesime leggi che lo scambio privato, 391, nota 4.
- Teatrale (contratto di lavoro). Quando il lavoro — è autonomo, 820. - Natura giuridica dell'appalto di spettacoli pubblici, 820, nota 4. - Natura del contratto tra impresario e artista, 823. - Caratteri speciali di questo contratto, 824.
- Tempo. V. Lavoro a tempo.
- Terzo. Contratto di lavoro a favore di —, 62.
- Tesoreria. Se la gestione di — assunta dalla Banca d'Italia sia di diritto pubblico, 340.
- Testamento. Il — e il contratto di diritto pubblico, 362. - Non ha carattere contrattuale, 367.
- Tirocinio. Il contratto di — e la patria potestà, 475, 797. - Il concetto del — puro, 796. - Carattere autonomo di questo tipo di contratto di lavoro, 797. - Il — nella sua struttura odierna, 798. - Il — e il garzonato, 800. - Il — e la progressione di categoria, 801. - Elemento essenziale del —, e conseguenze, 801.
- Tramvia (costruzione di una). Natura giuridica della concessione di sfruttamento di una tramvia, di cui la costruzione è imposta all'utente, 584.
- Trasferta (indennità di), 152.
- Trasporto (contratto di). Chi è qui creditore del lavoro, 64. V. Lavoro (contratto di). - Tipo locativo del contratto di —, 570. - Il risultato di lavoro nel —, 605. - Divisibilità del risultato nel —, 739, nota 3. - Se il — sia industria, 771. V. Comissionario (di trasporti). - Il — è locazione d'opera, 788. - Il — e l'art. 1627 Cod. civ., 789.

- Trebbiatrice. La — e gli infortuni sul lavoro. 688, nota 1.
- Truck. Il sistema del — e lo scopo soggettivo della mercede, 129.
- Ufficiale giudiziario. Contributo supplementare dello Stato per l'—, 130. - Natura del rapporto tra l'— e lo Stato, 427. - E in quanto l'— agisce come organo esecutivo, 430.
- Unioni di mestiere. V. Sindacato.
- Utilità del lavoro, 55. V. Lavoro. - Utilità normale, 100. - Se questo debba essere proprio goduta dal creditore, 101.
- Uso. Portata concettuale dell'—, 553.
- Vaglia postale. Se sia locazione d'opera irregolare, 499, nota 2.
- Vagoni-letto (compagnia dei). Natura del contratto colla —, 573.
- Vendita. Se il lavoro non è merce, il contratto di lavoro non è —, 482. - Argomenti in favore della —, 484. - La —, e la tutela del lavoratore, 485. - Importanza oggi crescente della distinzione tra — e contratto di lavoro, 487. - La — limitata al *plus* valore impresso alle cose, 488. - Ipotesi di elaborazione dell'artefice su materia propria, 491. - Concetto romanistico in tal caso, 492. - Teorie varie oggi, 496. - Teoria assoluta della —, 497. - Caso in cui la materia sia determinata nel genere, 500. - Mancanza in tal caso di un'obbligazione di fare, 501. - Che contratto si ha allora, 502. - Lo stesso caso quando vi sia molteplicità di committenti, 504. - La — di cosa futura e il contratto di lavoro, 509. - Differenze quanto al collaudo, 511, e al trasferimento della proprietà, 513. - Teoria di una pluralità di contratti (— e contratto di lavoro), 516. - Teoria della prevalenza intenzionale tra materia e lavoro, 520. - Teoria della prevalenza obbiettiva, 528. - Criteri per determinare la prevalenza oggettiva tra lavoro e materia, 530.
- Vetro. Maestri soffiatori, e gran gazzoni, natura del contratto, 761, nota 3.
- Vetturino (di carrozza pubblica). Natura del rapporto che lo lega al proprietario della vettura, 192. - Obbligo di assicurazione contro gli infortuni, 585, nota 1. - Il contratto con un — è di locazione d'opera, 737, nota 4.
- Viaggiatore (di commercio). Natura del rapporto, se pagato con percentuale pura sugli affari, 190. - Differenza secondo che sia autonomo o dipendente, 28), nota 2.
- Volontarietà della prestazione di lavoro. V. Lavoro (contratto di).
- Volontario. Lavoratore a titolo gratuito, 316.







Vol. I.

Prezzo L. 18.—